

UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

LE
COGNITOR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de droit de Nancy

le 24 juin 1911, à 4 heures

PAR

CHARLES WIRBEL

LICENCIÉ D'HISTOIRE

Président : M. SENN.
Suffragants { MM. MICHON, Professeur.
SIMONNET, chargé de cours.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE COGNITOR

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

LE
COGNITOR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de droit de Nancy

le 24 juin 1911, à 4 heures

PAR

CHARLES WIRBEL

LICENCIÉ D'HISTOIRE



Président : M. SENN.

*Suffragants { MM. MICHON, Professeur.
SIMONNET, chargé de cours.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

23, rue Soufflot, PARIS, 5^e arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1911

PRÉFACE

Parmi les institutions qui, en droit romain, permettent à un plaideur de se faire représenter en justice, l'une de celles qui attirent le plus particulièrement l'attention est l'institution du *cognitor* ⁽¹⁾. Son étude présente pour la science juridique un grand intérêt. Ne consiste-t-elle pas à rechercher quelle était dans le droit romain la conception de la représentation en matière de procès? Il s'agit de savoir si une personne peut intervenir et agir pour autrui sans être elle-même touchée par les résultats juridiques de l'acte qu'elle fait; si les conséquences d'un procès conduit par un *cognitor* se produisent dans la personne du représenté ou dans celle du représentant.

Cette institution n'a été étudiée par les auteurs qu'à partir du xvi^e siècle. Au Moyen âge, les glossateurs et les Bartolistes avaient pris comme base de leurs travaux les compilations de Justinien. Or le *cognitor*, n'existant plus dans le droit de Justinien, n'a pas été expressément mentionné par l'empereur dans ses compilations.

(1) Le *cognitor*, représentant judiciaire, est tout à fait différent du *cognitor*, « *qui de alicujus statu agit* » (Ps. Asconius, sur Cicéron, *in Verrem*, 2, 1, 5, 13), ou du *cognitor*, qui, dans certains auteurs littéraires, tels que Suétone, *Vitell.*, c. 2, indique un agent du fisc, ou encore du *cognitor*, qui, au Bas-Empire, désigne un magistrat (cf. par ex. *C. Th.*, 10, 10, 20). Entre ces *cognitores* et le *cognitor*, représentant en justice, le nom seul est commun. V. sur les significations diverses du mot *cognitor*, Pauly, *Realencycl.*, 2, 1842, v^o *Cognitor*, et Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 4, 1901, v^o *Cognitor*.

Les Institutes ne le citent pas, et les textes des jurisconsultes classiques contenus dans le Digeste qui se rapportaient au *cognitor* ou les *leges* du Code qui pouvaient concerner ce représentant ont été mis d'accord avec le droit du temps de Justinien au moyen d'interpolations et par la suppression du mot *cognitor*. Il en résulte que les interprètes, au Moyen âge, ignorent même l'existence du *cognitor*. Ainsi s'explique-t-on qu'un *Vocabularius juris*, fait en 1486, ne le cite pas ⁽¹⁾. C'est seulement au xvi^e siècle que quelques développements sont consacrés au *cognitor*, quand les auteurs cherchent à restituer le droit romain dans son développement historique au lieu d'essayer de l'interpréter dans sa forme légale définitive, et que dans ce but ils emploient les renseignements fournis par la littérature extra-juridique et les textes du droit antéjustinien récemment retirés de l'oubli. Alciat est le premier, à notre connaissance, qui en ait parlé ⁽²⁾. Cujas connaît aussi le *cognitor* qu'il regarde comme un *procurator praesentis* et il essaie même de rechercher les interpolations faites par les compilateurs ⁽³⁾. De là vient que le président Brisson lui consacre un article

(1) *Vocabularius juris, impressus Argentine*, 1486, in-folio. V. aussi dans le même sens, *Vocabularius utriusque juris*, Basileae, p. N. Kesler, 1487, in-folio. Tandis qu'un long article est consacré au *procurator*, le *cognitor* n'est pas cité entre les mots *cognati* et *cognoscere*.

(2) Alciat, *Opera omnia*, Basileae, 1571, in-folio, t. II, col. 217. C'est dans ses *Parerga juris*, lib. II, c. 5, que le jurisconsulte se demande « *quis dicatur cognitor in jure et quid ab advocato differat* » ; et il invoque les témoignages de l'*interpretatio* du C. Th., 2, 12, 7, de Cicéron, *Pro Roscio Comoedo*, de Festus, v^o *Cognitor*, de Quintilien, des Sentences de Paul, etc.

(3) Cujas, *Opera omnia*, éd. Fabrot, Paris, 1658, in-folio. Le jurisconsulte s'occupe du *cognitor* au t. I^{er}, col. 358 et 359, *Interpr.*, in *Julii Pauli recept. sent. ad filium* lib. 5, c. 9. V. aussi t. V, col. 108 E, *ad D.*, 3, 3, 2 et col. 129 C, *ad D.*, 3, 5, 7. L'interpolation de D., 3, 3, 61, est déjà reconnue par lui, t. III, *Obs. l. XIV*, c. 30, col. 449.

dans son *Lexicon juridicum* ⁽¹⁾. Au xvii^e siècle, entre autres auteurs, Jacques Godefroy, dans son édition du Code Théodosien, lui accorde une longue notice ⁽²⁾. Une dissertation de Ritter au xviii^e siècle résume les renseignements que l'on possède de son temps sur ce représentant ⁽³⁾.

Au xix^e siècle, la renaissance des études de droit romain jointe à la découverte du manuscrit de Vérone des Institutes de Gaius en 1816 va donner une impulsion très vive à l'étude de notre institution ⁽⁴⁾. Déjà en 1827, Keller ⁽⁵⁾ et Bethmann-Hollweg ⁽⁶⁾ recherchent quels textes du Digeste se rapportaient dans leur forme première au *cognitor*, avant les interpolations de Justinien. En 1839, Schmidt, dans son édition du *Pro Roscio Comoedo* de Cicéron, étudie la question de ses origines ⁽⁷⁾. Un peu plus tard, le *cognitor* va faire l'objet de monographies

(1) Barnabé Brisson, *Lexicon juridicum*, 1594, in-8°, v^e *Cognitor*, p. 233. V. aussi Brisson, *De formulis et sollemnibus populi romani verbis lib. VIII*, Parisiis, 1583, in-folio, p. 437.

(2) Jacques Godefroy, *Code Theodosianus*, Lyon, 1665, in-folio, t. I^{er}, p. 145, et surtout pp. 152-153.

(3) Ritter, *De cognitoribus*, Lipsiae, 1735, cité par Pauly, *Realencycl.*, Stuttgart, 1842, 2, v^e *cognitor*, et dans la dissertation mise en tête de l'édition du Code Théodosien de Godefroy, revue par lui, t. I^{er}, Lipsiae, 1736, in-folio, f. b. Cet auteur cite tous les textes se rapportant au *cognitor* que l'on connaissait de son temps, tels que *Auctor ad Herennium*, 2, 13, 20, Quintilien, *Declamat.*, 361 : « *Quid si enim cognitor meus, quid si procurator hoc idem respondeat* », etc.

(4) Adde la découverte en 1821 des Fragments du Vatican, dont le titre de *cognitoribus et procuratoribus* (317-341) concerne le *cognitor*.

(5) Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, Zurich, 1827, in-8°, pp. 323-332.

(6) Bethmann-Hollweg, *Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses*, Berlin, 1827, in-8°, p. 138 s.

(7) C. A. Schmidt, *M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio Comoedo*, Lipsiae, 1839, in-8°, pp. 25-30. C'est le premier auteur qui ait admis que le *cognitor* aurait existé sous les Actions de la loi; mais il restreint son rôle à la phase du *judicium*.

de la part d'Alibrandi ⁽¹⁾ et de Drewcke ⁽²⁾, ou de travaux englobés dans les grands ouvrages généraux de procédure, tels que ceux de Keller ⁽³⁾ et de Bethmann-Hollweg ⁽⁴⁾. Puis en 1869, Rudorff, dans sa restitution de l'édit perpétuel, examine quels sont les édits relatifs au *cognitor* que le prêteur a rendus ⁽⁵⁾; et le résultat de ses recherches sur notre question est confirmé, précisé et développé avec quelques rectifications par M. Lenel ⁽⁶⁾. Mais l'ouvrage capital est celui de M. Eisele, paru en 1881 ⁽⁷⁾. Cet auteur a su déterminer les caractères généraux de l'institution, et il a résolu de manière très heureuse certains problèmes que soulève son étude. Il a montré que, malgré le dissentiment de M. Wlassak ⁽⁸⁾, le *cognitor* est

(1) Alibrandi, *De cognitoribus penes romanos veteres disquisitio*, Romae, 1854, in-8° (réimprimé dans *Opere giuridiche e storiche*, 1, Roma, 1896, in-8°, pp. 1-22).

(2) C. Drewcke, *De cognitoribus et procuratoribus in rem alienam constitutis Gaii et Ulpiani temporibus*, Halae, 1857, in-8° (*Inaug. Diss.*).

(3) Keller, *Der röm. Civilprocess und die Actionen*, Leipzig, 1852, in-8°, §§ 52-54.

(4) Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprozess*, Bonn, 1864, in-8°, 2, § 100, p. 416 s., avec les renvois.

(5) Rudorff, *De jurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, in-8°, §§ 26-29, pp. 47-49.

(6) Lenel, *Das Edictum perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1^{re} éd., 1883, 2^e éd., 1907, in-8°, titre VIII, §§ 25-28 (trad. fr. de M. Peltier sous le titre : *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, 1, Paris, 1901, pp. 97-109).

(7) Eisele, *Cognitur und Procuratur. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg i. B. und Tübingen, 1881, in-8°. Les pp. 1-57 sont consacrées à l'étude du *cognitor* sous les Actions de la loi (*Die älteste Cognitur*), et les pp. 75-122 à l'étude du *cognitor* de l'époque classique (*adde* pp. 215-218). V. les comptes rendus de Fierich, *Z. de Grünhut*, 9, 1882, pp. 608-619, de Hölder, *K. V. J.*, 24, 1882, pp. 17-28, de Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, pp. 149-154.

(8) Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, Iena, 1879, in-8°, pp. 48-57.

plus ancien que l'autre représentant judiciaire que l'on rencontre à l'époque formulaire, le *procurator*. Cependant les affirmations que comporte le travail de M. Eisele en ce qui concerne la question des origines du *cognitor* ont fait naître de légitimes controverses⁽¹⁾. Son opinion, il est vrai, a été appuyée par M. Debray⁽²⁾, dans son étude

(1) Tandis que M. Eisele déclare que le *cognitor* de l'époque classique a pour mission exclusive de diriger la procédure à la fois dans la phase *in jure* et dans la phase *in judicio*, il conjecture que le *cognitor* sous les Actions de la loi a eu son rôle limité à la phase du *judicium*. Mais cette opinion est combattue tant par les auteurs qui estiment que le *cognitor* a existé seulement sous la procédure formulaire, comme M. Rümelin, *Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprocess*, Freiburg i. B., 1886, in-8°, p. 79 s., ou M. Wlassak, *Neg. Gestio*, p. 51, que par ceux qui prétendent que le *cognitor* est, sous les Actions de la loi, intervenu dans une mesure limitée, non seulement dans la phase du *judicium*, mais encore dans la phase du *jus* : cf. en ce sens, Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, p. 149 s., Girard, *Histoire de l'Organ. jud. des Romains*, 1, Paris, 1901, in-8°, p. 192, n. 2, et *Manuel élém. de dr. rom.*, 4^e éd., Paris, 1906, in-8°, p. 1019, n. 4. L'opinion de M. Eisele part de l'observation très vraie que la prohibition de *lege agere* pour autrui s'applique au sens strict seulement à la *legis actio*, qui a lieu *in jure*, et elle permet de concilier avec le principe de la non-représentation la présence du *cognitor* dans cette procédure. Mais elle aboutit à admettre que les conséquences du procès se produisaient chez le représenté, alors que sous la procédure formulaire elles se réalisent chez le représentant, ce qui est une suite peu logique. Sans doute on fait remarquer que cette représentation parfaite découlant des principes formalistes était inattendue et nullement cherchée, que l'idée de représentation directe était trop subtile pour être aperçue par les esprits simplistes des premiers Romains, et que l'on s'explique ainsi que la représentation parfaite ait pu dégénérer en représentation imparfaite, quand les Romains, sous la procédure formulaire, admirent alors le *cognitor* à intervenir dans le procès tout entier, considérant l'extension de son rôle comme un progrès. Mais ce raisonnement n'est pas probant. Les premiers Romains étaient des praticiens. Or si la représentation parfaite avait existé sous les Actions de la loi, nul doute que les Romains ne se fussent aperçus de ses avantages de fait et que, mus par des considérations de pratique, ils n'eussent conservé le système.

(2) Debray, *De la représentation en justice par le cognitor*. Thèse Paris, 1892, in-8°, p. 9 s.

sur la représentation par *cognitor*. En outre, depuis l'apparition de l'ouvrage de M. Eisele, divers problèmes spéciaux intéressant l'histoire de notre institution ont été examinés par les auteurs⁽¹⁾. C'est ainsi qu'en 1893 M. Wlassak a étudié la différence de portée des deux formules de *cognitoris datio* qui nous sont conservées par Gaius, 4, 83⁽²⁾. Plus récemment, M. Wenger, traitant la question de l'exécution du jugement, a dû se demander si l'action *judicati*, résultant du procès intenté ou soutenu par le représentant, était donnée au maître de l'affaire ou contre lui⁽³⁾; et M. Koschaker⁽⁴⁾, puis M. Duquesne⁽⁵⁾, s'occupant de la

(1) V. Heumann-Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*, 9^e éd., Iena, 1907, in-8°, v^o *Cognitor*, p. 75, et surtout v^o *Procurator*, pp. 463-464, qui donne une liste des textes interpolés. V. aussi *Vocabularium jurisprudentiae Romanae*, vol. I, Berlin, 1903, in-4°, v^o *Cognitor*.

(2) Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur*, Breslau, 1893, in-8° (*Aus der Breslauer Festgabe für R. von Ihering*), avec le compte rendu de Hellmann, *K. V. J.*, 37, p. 321 s. D'après cet auteur, le *cognitor* serait constitué, dans la seconde formule de *cognitoris datio* donnée par Gaius, avant la *litis contestatio*, et dans la première, au moment de la *litis contestatio* pour conduire le procès *in judicio*.

(3) Wenger, *Zur Lehre von der Actio judicati*, Graz, 1901, in-8°. III. *Actio judicati für und gegen Dritte*. § 20. *Act. jud. in Fällen der Processführung durch einen Cognitor oder Procurator*, pp. 176-189.

(4) Koschaker, *Translatio judicii*, Graz, 1905, in-8° (I. *Prozesstranslation bei Intervention von Prozessvertretern*, p. 40 s.), avec les comptes rendus de Wenger, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 524 s., de Hugo Krüger, *Z. de Grünhut*, 33, p. 541 s., de Clerici, *Riv. ital.*, 11, 1905, p. 66 s. D'après M. Koschaker, la *translatio judicii cognitoria* est opérée d'autorité par le magistrat sans nouvelle *litis contestatio* des plaideurs, de sorte que l'ancien *judicium* subsiste.

(5) Duquesne, *La translatio judicii dans la procédure civile romaine*, Grenoble, 1910, in-8°, p. 34 s., pp. 123-164. Pour cet auteur, la *translatio judicii cognitoria* a toujours lieu par voie d'*in integrum restitutio*, et elle exige une nouvelle *litis contestatio*. Néanmoins l'unité de l'ancien et du nouveau *judicium* est assurée, au moyen d'une *restitutio litis* à effets relatifs et du procédé de la *litis contestatio repetita die*.

translatio iudicii, ont eu à rechercher le mécanisme de la *translatio iudicii* dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*.

Une monographie sur le *cognitor* était donc désirable. Nous l'avons entreprise sous la direction et guidé par les conseils de MM. les professeurs Girard et Senn. Nous nous sommes surtout attaché à dégager le développement historique de l'institution ; pour cela, nous avons procédé à un relevé systématique des textes se rapportant au *cognitor*, soit dans leur forme actuelle, soit dans leur forme primitive antérieure aux interpolations de Justinien, et nous nous sommes efforcé de replacer ces témoignages à l'époque où ils ont été écrits. C'est ainsi que nous sommes arrivé sur certains points à des conclusions nouvelles.

Nous avons d'abord recherché les origines de l'institution et nous avons essayé de montrer que le *cognitor*, représentant judiciaire de l'époque formulaire, remonte au temps des Actions de la loi et qu'il constitue une véritable exception à la prohibition de la représentation en justice : l'acte qui sert à constituer un *cognitor*, la *cognitoris datio*, présente en effet un caractère archaïque et nettement imprégné du formalisme ancien. Puis nous nous sommes occupé du *cognitor* sous la procédure formulaire. La « *cognitura* ⁽¹⁾ » nous est apparue, dès le VII^e siècle de Rome, comme une institution ayant déjà ses contours bien délimités. Le *cognitor* a pour mission exclusive de diriger la procédure pour le compte d'autrui. La *cognitoris datio* donne au représentant qualité d'agir avec l'adversaire aux lieu et place du *dominus*. Il lie l'instance pour autrui, « *agit alieno nomine* ⁽²⁾ ». Les conséquences du

(1) C'est ainsi que les textes, tels que Gaius, 4, 124 et *Frag. Vat.*, 324, désignent l'établissement d'un *cognitor*.

(2) Par conséquent, le *cognitor* a un rôle tout différent de celui que remplissent les personnes qui plaident simplement pour autrui et ne font qu'as-

procès qu'il a entrepris se produisent en sa personne. Telle qu'elle existe à cette époque, l'institution du *cognitor* n'est pas sans présenter quelques inconvénients. Aussi le prêteur essaie-t-il, dès la fin de la République, d'assouplir la procédure, lorsqu'un plaideur agit par représentant. De son côté la jurisprudence tente diverses réformes. C'est ainsi qu'elle adapte un rapport de mandat à la cogniture et imagine d'établir un lien de droit qui régit les relations du représentant et du représenté. Puis au 1^{er} siècle de l'Empire, dans des limites que nous nous sommes efforcé de préciser, elle fait en sorte que les effets du jugement se réalisent en la personne du maître de l'affaire. Durant cette même période, elle élargit la fonction économique de la cogniture, en se servant de la *cognitura in rem suam* comme d'un procédé destiné à réaliser un transfert d'obligation. Grâce à ces réformes, l'institution est, au II^e siècle de l'Empire et au début du III^e siècle, parvenue à son apogée. C'est donc le moment de décrire l'ordre d'un procès dirigé par un *cognitor*, en insistant sur les particularités qu'entraîne son intervention. Le représentant ne peut agir en justice qu'après avoir été constitué suivant des formes requises : l'étude de cette question nous a conduit à rechercher quelle était la différence de portée des deux formules de *cognitoris datio* que nous avons conservées Gaius. Après qu'il a été constitué, le *cognitor* dirige la procédure tant dans la phase *in jure* que dans la phase *in judicio*. Il lie l'instance pour la partie, et celle-ci ne peut, après la *litis contestatio*, priver son représentant de la conduite de l'affaire qu'en se servant de la procédure spéciale de la *translatio judicii*, dont nous nous sommes efforcé de pré-

sister la partie, « *postulant pro alio* » : v. par ex. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 1049, n. 6.

ciser le mode de réalisation. Le jugement est rendu au nom du *cognitor*, mais c'est au maître ou contre lui qu'est donnée l'action *judicati*, qui résulte du procès intenté ou soutenu par le représentant. Lorsque le procès est terminé, a lieu le règlement de compte entre le *cognitor* et le *dominus*.

Ce système de représentation en justice admis par le droit romain et que nous décrivent les textes de l'époque formulaire n'est autre que celui de la représentation imparfaite dont on a simplement atténué les inconvénients les plus saillants. Mais un système de représentation plus perfectionné existe dans le droit provincial de l'Égypte romaine, et la représentation directe y est permise même entre citoyens romains. Aussi, tout au moins à titre de comparaison, nous a-t-il semblé intéressant d'étudier le développement de ce droit.

Ceci exposé, il reste à examiner la question des destinées du *cognitor*. Après l'époque classique, lorsque la procédure extraordinaire est généralisée, le *cognitor* tombe en désuétude. Le développement de l'institution des *procuratores*, la réforme de Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er} en 382, relative à la vérification des pouvoirs de représentant du demandeur et amenée par les tendances mêmes de la procédure extraordinaire, aboutissent à faire du *cognitor* un simple *procurator praesentis*, de sorte qu'au v^e siècle le nom seul du *cognitor* subsiste. Sous Justinien, l'institution n'existe plus et par suite elle n'est pas expressément visée dans ses compilations.

Nancy, avril 1911.

LE COGNITOR

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DU *COGNITOR* AU TEMPS DES ACTIONS DE LA LOI

Sous la procédure formulaire, le *cognitor* est le représentant judiciaire par excellence. Il lie l'instance pour le compte d'autrui. Son rôle est de diriger tant la phase *in jure* que la phase *in judicio*. Il semble évident, à première vue, qu'un tel représentant n'existe pas au temps des Actions de la loi, puisque à cette époque la représentation judiciaire n'est pas en principe admise (1). Toutefois, dès ce moment, il y a des hypothèses où

(1) En ce sens : Puchta, *Kursus der Institutionen*, 1^{re} éd., 1841 (10^e éd., revue par Krüger, 1893), 1, § 156; Keller, *Der röm. Civilprocess*, 2^e édit., 1855, trad. fr. de Capmas en 1870 sur la 3^e éd., 6^e édit., revue par Wach, 1883, § 54; Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1859, 2, § 26; Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprocess*, 1, 1864, § 33; Karlowa, *Der röm. Civilprocess zur Zeit der Legisaktionen*, 1872, § 47; Bekker, *Die Aktionen des röm. Privatrechts*, 2, 1873, pp. 114-115; Eisele, *op. cit.*, 1881, §§ 2 et 3; Mommsen, *Le droit public romain*, trad. Girard, 1², 1891, p. 210, n. 4 (*Das röm. Staatsrecht*, 1², 1876, p. 180, n. 1); Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, 1, *L'Ancien droit*, 1^{re} éd., 1891, p. 408, 2^e éd., 1904, pp. 137-138; Debray, *op. cit.*, pp. 12-13; Maria, *le Vindex*, Paris, 1895, pp. 46-48; Girard, *Histoire de l'Organisation jud. des Romains*, 1, *Les six premiers siècles de Rome*, 1901, p. 70, n. 1, et *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 1^{re} édit., 1895-1897, 4^e éd., 1906 (= Girard, *Manuel* ⁴), p. 1019, [trad. allemande de von Mayr : *Geschichte und System des röm. Rechtes*, 2, 1908, pp. 1118-1119].

il est permis d'*alieno nomine lege agere*, et l'on peut se demander si la représentation par *cognitor* ne rentre pas précisément dans ces exceptions. Par conséquent le problème des origines du *cognitor* n'est qu'une face d'une question beaucoup plus générale : est-il permis de croire que, sous la procédure des Actions de la loi, une coutume ou une loi autorisait en certains cas à se faire représenter en justice? L'étude du principe de la non-représentation en justice au temps des Actions de la loi s'impose donc au début de toute recherche sur le *cognitor*. Nous nous demanderons ensuite si une exception à cette règle a été faite en faveur du *cognitor* dès cette époque.

§ 1. — Le principe de la non-représentation en justice, et son application dans le droit des XII Tables.

Quelle règle admet l'ancien droit au point de vue de la représentation en justice? Aucun texte concernant la représentation judiciaire ne date de la période des Actions de la loi. Pour déterminer les règles dont se sert à cet égard le droit ancien, il faut nous référer aux sources d'un âge postérieur, en particulier à des manuels de droit romain rédigés à l'époque classique ou au Bas-Empire, qui, en traitant de l'institution de la représentation judiciaire, débutaient par quelques mots d'introduction historique sur la période des *legis actiones*.

Il faut citer en première ligne un passage des Institutes de Gaius. Le jurisconsulte, après avoir parlé des cas où l'on est tenu *alieno nomine* (I, 69-81), est amené par une similitude de mots à s'occuper des hypothèses où l'on peut *agere alieno nomine*, et il déclare que, lorsque les actions de la loi étaient en usage, cela n'était pas possible (1). Le renseignement fourni par Gaius est confirmé dans un texte célèbre d'Ulpien qui, au milieu des développements de son livre 14 *ad edictum* consacrés aux testaments inofficiels et à la théorie de la *querela inofficiosi testamenti*, énonce dans une formule concise

(1) Gaius, I, 82 : « Cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret... ». *Agere* est ici l'équivalent de *lege agere*.

la règle célèbre : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* ⁽¹⁾ ». La place de ce texte au livre 14 s'explique très simplement. La *querela inofficiosi testamenti* est une institution née de la jurisprudence du tribunal des centumvirs. Or les procès plaidés devant les centumvirs doivent encore au temps d'Ulpien être liés par la *legis actio sacramenti*, et c'est même la seule *legis actio* qui est en usage au début du III^e siècle. Il est vrai que la prohibition est rapportée par Ulpien à propos d'une *legis actio* en vigueur de son temps, mais, s'il en est ainsi, c'est une preuve que cette défense a pris naissance antérieurement, sous l'empire général de la procédure des Actions de la loi; on ne l'eût pas inventée plus tard. Enfin, les Institutes de Justinien mentionnent encore l'interdiction d'agir jadis pour autrui ⁽²⁾.

Il résulte donc clairement de ces textes que le plaideur qui use d'une *legis actio* ne peut *alieno nomine lege agere*. Quelle était la portée de cette règle? Son application comportait-elle des exceptions dès l'époque des *legis actiones*? C'est ce que nous allons examiner successivement.

I. — Pour déterminer la portée de notre règle, il importe

(1) Ulpien, 14 ad ed., D., 50, 17, De R. J., 123 pr. (Lenel, *Palingenesia juris civilis*, 1889, 2 vol., (= Lenel, *Pal.*,) 488). Sur la procédure suivie devant le tribunal des centumvirs, cf. en dernier lieu Martin, *Le tribunal des centumvirs*, Paris, 1904, pp. 97-125, Girard, *Manuel*⁴, p. 994, n. 2. — On peut aussi conjecturer qu'outre les affaires qui ressortent de la compétence des centumvirs et sont liées par le *sacramentum*, l'interdiction d'*alieno nomine lege agere* s'est maintenue sous le Principat dans certains cas de juridiction gracieuse, où la *legis actio* a été gardée comme forme solennelle : ainsi, le fils de famille qui, dans les actions de la loi, ne peut figurer comme demandeur, ne pourra, dit Gaius, 2, 96, se servir d'une *in jure cessio* pour l'acquisition d'une propriété, ni sans doute faire une *manumissio vindicta*, puisque « *nihil suum esse* ». Cf. Rümelin, *op. cit.*, p. 49; Maria, *op. cit.*, p. 46, n. 3; Girard, *Manuel*⁴, p. 136, n. 3; Mitteis, *Z. S. St.*, 21, 1900, p. 199 s. V. cependant Buckland, *N. R. H.*, 27, 1903, p. 737 s.

(2) *Inst.*, 4, 10, De his per quos agere possumus, pr. : « *Cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse...* ». *Olim* doit vraisemblablement s'entendre du temps des Actions de la loi.

d'abord de rechercher sa signification et ensuite d'expliquer sa raison d'être.

a) Tout d'abord, que faut-il entendre par un *alieno nomine lege agere*? Quel sens doit-on donner aux mots *lege agere*, d'une part, et *alieno nomine*, de l'autre?

En ce qui concerne l'expression *lege agere*, on peut se demander si elle désigne l'ensemble du procès, la phase *in jure* et la phase *in judicio*, ou si elle s'applique simplement à la *legis actio* proprement dite, au sens étroit, qui s'accomplit devant le magistrat. Gaius, 4, 31, montre qu'il s'agit de la *legis actio*, car à propos de la procédure employée devant les centumvirs il dessine une opposition très nette entre le *lege agere* et le *judicium centumvirale* (1).

Quant à l'expression *alieno nomine*, elle ne désigne pas, dans les textes de Gaius et d'Ulpian, toute action intentée sur la base d'un rapport juridique relatif à autrui, mais, dans un sens plus étroit, l'action conduite par un représentant en justice pour le compte d'autrui (2). Il est vrai que les termes « *alieno nomine agere* », comme du reste l'expression voisine « *alicujus nomine agere* », sont employés souvent avec une signification très générale, dès qu'une personne agit dans un procès qui intéresse autrui, non seulement dans la matière de la représentation judiciaire, mais dans les actions noxales et *adjecticiae qualitatis*, dans celles données à l'*emptor bonorum* d'un vivant ou concernant l'héritier (3). Mais, outre cette signi-

(1) Gaius, 4, 31 : « *Ex duabus causis permissum est lege agere : damni infecti et si centumvirale judicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem...* » Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 6; Debray, *op. cit.*, pp. 22-23.

(2) En ce sens, Rümelin, *op. cit.*, pp. 11-17. *Contra*, Hruza, *Ueber das lege agere pro tutela*, pp. 15-19.

(3) V. les exemples cités dans Rümelin, *op. cit.*, p. 11 s., et Hruza, *op. cit.*, p. 16, en particulier pour les actions noxales et *adjecticiae qualitatis* : *D.*, 9, 4, 2, 1; 4, 2; 21, *pr.*; 28; 36; *D.*, 46, 3, 84, etc.; pour les actions concernant l'héritier, Gaius, 2, 252; *D.*, 3, 2, 6, 2; 14; *D.*, 5, 2, 22, 3; *D.*, 37, 10, 3, 7, etc. — Il est à remarquer que cette signification très large a

fication large, ces mots ont ici, dans la langue des jurisconsultes classiques, un sens étroit et technique pour désigner la représentation en justice par *cognitor*, *procurator*, *tutor*, *curator*, *actor*(1). Gaius, pour définir l'*agere alieno nomine*, ne déclare-t-il pas que c'est agir en qualité de *cognitor*, de *procurator*, de tuteur, de curateur? Et cette énumération est précédée du mot « *veluti* », qui, dans Gaius, est fréquemment limitatif(2). Mais peu importerait que l'énumération commençant par *veluti* ne fût pas limitative. La tournure de phrase de Gaius s'expliquerait aussi aisément, si l'on songe à la représentation en justice des municipes ou des *universitates* par des administrateurs, dont Gaius n'a pas cru devoir parler dans un manuel élémentaire de droit privé(3). Le texte d'Ulpien est encore plus probant. Le jurisconsulte constate que les parties qui veulent intenter la pétition d'hérédité devant le tribunal des centumvirs doivent faire elles-mêmes la *legis actio sacramenti* devant le préteur et qu'un autre ne peut l'accomplir pour leur compte. C'est là, dans cette théorie de pur droit privé, une allusion évidente aux représentants judiciaires, et, en première ligne, aux représentants volontaires du III^e siècle, le *cognitor* et le *procurator*.

Ainsi, l'interdiction d'*alieno nomine lege agere* se rapporte

donné tout naturellement naissance à une autre, dans laquelle il n'est plus question de représentation, mais où le mot « *nomine* », équivalent à « *causa* », veut dire : pour, dans l'intérêt de. C'est avec cette signification que l'on rencontre les expressions « *meo, suo, alieno, societatis nomine* » dans le droit des obligations. V. par exemple, Cic., *Ad. fam.*, 13, 21; *D.*, 4, 8, 32, 2; *D.*, 17, 2, 67, 4; *D.*, 39, 2, 7, *pr.*; 13 *pr.* 1. C'est un troisième sens des termes « *alieno nomine* ». En ce sens, Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, 1881, pp. 35-37.

(1) Il en est de même encore dans le *Frag. Vat.*, 322, qui emploie les termes « *alieno nomine* » et « *per alios* » suivant qu'on se place au point de vue du représentant ou du représenté : « *Alieno... nomine, item per alios agendi potestatem non faciam...* », et le *Frag. Vat.*, 323 : « *Quod ait alieno nomine, item per alios breviter repetit duo edicta cognitatoria...* ».

(2) V. pour l'emploi fréquent du mot *veluti*, Zanzucchi, *Vocabolario delle Istituzioni di Gaio*, Milano, 1910, v^o *Veluti*, p. 126.

(3) En ce sens, Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 2, § 100, p. 417, n. 48.

au rituel qui se passe *in jure* (1), et, d'après les Institutes de Justinien (2), elle comporte un sens général s'imposant au demandeur comme au défendeur.

b) Reste maintenant à expliquer le motif de cette défense. La raison d'être en est historique. L'origine de la procédure civile réside dans la coutume de s'assurer primitivement à soi-même, selon ses forces et à son gré la réparation d'un préjudice que l'on estime avoir subi. Le particulier à qui l'on a fait tort se venge selon les moyens dont il dispose. Mais il arrive un moment où la collectivité impose à la personne qui veut se faire justice, d'enfermer son activité dans des formules fixées, lui offrant une sécurité et une efficacité propres, ainsi que d'agir devant le magistrat. Cette étape de la procédure n'est autre que le système des *legis actiones* au temps des XII Tables (3). La procédure admise à cette époque n'est qu'une dérivation du système de la vengeance qui fonctionnait avant elle. Le procès est, dans les Actions de la loi, une image de la lutte à main armée des temps antérieurs.

S'il en est ainsi, ce sont les parties qui doivent figurer personnellement dans le procès pour organiser l'instance et accomplir la *legis actio*. L'exercice d'un droit en justice consiste dans la prononciation de termes sacramentels, lesquels reproduisent ceux de la loi accordant l'action, et dans l'exécution de gestes consacrés. Or c'est le droit même de celui qui parle et qui agit qu'expriment les paroles et les gestes solennels.

(1) Il est à remarquer, du reste, que, dans la phase *in judicio*, le formalisme est à peu près laissé de côté. A la vérité, les plaideurs sont tenus de comparaître, et si l'un d'eux fait défaut sans excuse, on l'attend jusqu'au milieu du jour, et, passé ce délai, le juge donne raison à l'autre (XII Tables, 1, 8). Mais ils peuvent se faire assister par des avocats, et invoquer, en cas d'empêchement, des excuses légales pour faire ajourner le procès (XII Tables, 2, 2, rapproché de la *Lex coloniae Genetivae*, c. 95). Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 977.

(2) *Inst.*, 4, 10, *De his p. q. a. p.*, pr. : « *Quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat...* ». En ce sens, Maria, *Le vindex*, p. 217. *Contra*, Gauckler, *Etude sur le vindex*, N. R. H., 43, 1889, p. 632 s.

(3) Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, p. 1 s., et *Manuel*⁴, pp. 964-977.

Comment concevoir qu'une personne puisse réclamer la satisfaction d'un droit qu'une autre estime avoir, ou se venger d'un préjudice atteignant un tiers? De même, la réparation d'un tort ne peut être poursuivie que contre celui qui l'a commis. Par conséquent, si ce sont les parties qui réalisent leur droit dans la *legis actio*, il en résulte qu'elles ne peuvent le faire au moyen de représentants, la formule ne se prêtant pas à être prononcée par un autre que le titulaire du droit, et ne pouvant, à peine de nullité, être modifiée, puisque ses termes en sont arrêtés par la loi.

C'est précisément parce que le principe de la non-représentation en justice puisait sa raison d'être dans le formalisme de la procédure, qu'il demeura, sans grands accrocs, tant que dura exclusivement la procédure des Actions de la loi, jusqu'à la loi *Æbutia* qui est vraisemblablement du début du VII^e siècle de Rome (1), et même qu'il se maintint, postérieurement à la loi *Æbutia* et aux deux lois *Juliae*, dans la seule *legis actio* en usage à l'époque d'Ulpien.

II. — Primitivement l'application de la règle que nul ne peut plaider qu'en son nom propre ne présentait pas de grands inconvénients, et l'on peut se demander si, à cette époque, il existait réellement des exceptions au système de la non-représentation.

1. — Sans doute l'application de notre règle présente, même à l'époque primitive, quelques inconvénients. C'est ainsi qu'elle conduit à empêcher le fils de famille de figurer comme demandeur dans les Actions de la loi, puisque, d'après les principes régissant l'organisation de la famille, ses acquisitions vont au *paterfamilias*, et qu'ainsi il ne peut affirmer en justice qu'il est devenu propriétaire ou créancier (2). Encore existe-t-il un

(1) Sur la portée de la loi *Æbutia*, cf. Wlassak, *R. P. G.*, 1, 1888, pp. 62-72, 85-103. Sur sa date, cf. Girard, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 11-54 (= *N. R. H.*, 21, 1897, pp. 249-294), et *Z. S. St.*, 29, 1908, p. 113 s.

(2) En ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 136; Mitteis, *Z. S. St.*, 21, 1900, p. 199 s., et *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 379 s. (réponse à Buckland, *N. R. H.*, 27, 1903, p. 737 s.). Cf. Gaius, 2, 96.

tempérament : le chef de famille peut diriger les procès concernant son fils ou son esclave, soit comme demandeur, soit comme défendeur au cas d'action noxale, car il agit, non pas en leur nom — ce sont des incapables de droit —, mais en son nom propre (1).

Il est aussi permis de penser que notre règle a pour conséquence, en matière de tutelle et de curatelle, d'interdire au tuteur d'agir à la place du pupille *infans* ou absent, et au curateur de remplacer le *furiosus*. Cependant, peut-être les tuteurs légitimes et le curateur légitime du *furiosus* ont-ils pu, en vertu de l'idée ancienne de *potestas*, se charger en leur propre nom des procès qui intéressent les impubères, les femmes et les aliénés (2).

(1) En ce sens, Girard, *Org. jud.*, 1, p. 96. Postérieurement à l'époque où nous nous plaçons, mais encore sous les Actions de la loi, un exemple du pouvoir qu'a le maître de diriger un procès concernant son esclave nous est donné par Plaute, *Rudens*, 5, 3, 24-26. Le *leno* Labrax refuse de payer un talent d'argent qu'il avait promis à l'esclave Gripus si sa valise était retrouvée, car il sait que Gripus esclave ne peut plaider, et que seul son maître peut intenter un procès le concernant : « *Cedo quicum habeam judicem* », déclare Labrax. Et quand l'esclave lui présente son maître Dæmones avec qui il pourra plaider, Labrax qui ignore l'identité de Dæmones, lui réplique : il me faut une autre personne, « *Aliost opus* », en s'appuyant sans aucun doute sur le principe que seul le maître peut intenter les procès intéressant son esclave. Les choses s'arrangent quand Dæmones, après la reconnaissance de la dette par Labrax, a justifié de son identité.

(2) Cf. Gérardin, *La tutelle et la curatelle*, N. R. H., 13, 1889, p. 8 s., suivi par Girard, *Manuel*⁴, pp. 211, 220, 223. — V. sur cette question, Girard, *Org. jud.*, 1, p. 96-99. Le principe de droit, d'après lequel le chef de famille, ou même le tuteur légitime, fait sien le procès qui semblerait être celui d'autrui, n'est qu'une conséquence, en matière de procédure, de la notion primitive de la *potestas* de certaines personnes vis-à-vis d'autres. De ces deux catégories de personnes, on peut rapprocher les patrons et les hôtes qui, très anciennement, lorsque la *legis actio* était fermée aux étrangers, devaient pouvoir intenter en leur nom propre les procès concernant leurs clients ou leurs hôtes, et étaient alors considérés nominalement comme maîtres de ces personnes, et ayant sur elles la *potestas*. Mais il n'en sera pas toujours ainsi. Plus tard, des traités et des lois particulières en des

Mais c'est surtout quand le plaideur est empêché de se rendre *in jure* par la vieillesse, la maladie ou l'absence que la règle semble incommode. Toutefois, il est à remarquer que dans les deux premiers cas, dès les XII Tables, certaines facilités sont accordées au plaideur : c'est ainsi que le demandeur est obligé de fournir un *jumentum* au défendeur malade ou âgé (1). En ce qui concerne l'absence, nous devons observer que les premiers Romains s'absentent et voyagent fort peu, étant adonnés à l'agriculture et ne s'occupant pas de commerce. On pourrait seulement songer aux *absentes reipublicæ causa*; or les guerres sont fréquentes, mais courtes, et elles ont lieu autour de Rome.

En somme, l'interdiction de la représentation en justice ne présente dans cette société primitive que fort peu d'inconvénients. Dans la communauté romaine, chaque maison forme un petit groupe qui se suffit normalement à lui-même.

2. — Si donc, en raison de cet état de choses, il paraît y avoir, au temps des XII Tables, assez peu de motifs qui rendent nécessaire l'admission de la représentation en justice, comment expliquer qu'il y ait dès lors des exceptions à la règle : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* »?

matières spéciales permettront aux pèrgrins d'intenter une *legis actio* : ainsi les lois Calpurnia, Junia et Acilia permettent aux pèrgrins victimes des concussionnements de magistrats d'intenter par *sacramentum* eux-mêmes, avec l'assistance de *patroni*, une action en répétition de ce qu'ils leur ont donné : Cf. Mommsen, *Dr. pénal*, trad. Duquesne, 3, 1907, pp. 4-33; Girard, *Org. jud.*, 1, p. 215, n. 4; Hitzig, *Die Herkunft des Schwurgerichts im röm. Strafprozess*, Zurich, 1909, p. 3 s. Il est même à remarquer, d'après les lignes 60 et ss. de la loi Acilia, que l'étranger pouvait intenter la *legis actio* et faire la procédure postérieure de l'*arbitrium liti aestimandae*, non seulement en son nom, mais pour un concitoyen ou la cité. Or n'y aurait-il pas dans cette dernière espèce un cas de représentation en justice? C'est l'avis de M. Hitzig, *op. cit.*, pp. 19, 22-24, 52-54. A notre avis, il s'agit d'un procédé avantageux établi par la loi Acilia dans un cas particulier pour faciliter la répression des exactions des magistrats romains. C'est un système voisin des actions populaires.

(1) XII Tables, 1, 3 : « *Si morbus aevitasve vitium escit, [qui in jus vocabit] jumentum dato. Si nolet, arceramne sternito* ».

Certes Gaius, 4, 82, nous avertit sans précision de date que le principe de la non-représentation en justice laisse échapper entre ses mailles des exceptions et nous permet, grâce à cette tournure très large, de rapporter ces exceptions à la fin de la période des Actions de la loi. Mais les Institutes de Justinien nous citent plusieurs cas d'*agere alterius nomine* dont quelques-uns, *pro populo*, *pro libertate*, *pro tutela*, semblent remonter à une époque très ancienne de l'histoire de Rome ⁽¹⁾? Seul le cas de la loi Hostilia paraît plus récent.

Dans l'hypothèse de *lege agere pro populo*, il est question sans doute d'actions populaires, et peut-être même plus précisément, dans la pensée des rédacteurs des Institutes, d'actions populaires intentées pour le compte du peuple. Les sources ne nous en ont pas livré d'exemples pour le temps des XII Tables, mais il n'est pas douteux que cette institution existait dès lors, puisque le peuple ne peut lui-même poursuivre en justice ⁽²⁾.

(1) *Inst.*, 4, 40, pr. : « Cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine... ». — A notre avis, il ne faut pas ajouter à cette liste, en le considérant comme un représentant judiciaire, le *vindex* qui intervient dans la *manus injectio* et dont Gaius, 4, 21, dit qu'il a coutume d'*agere causam* pour le débiteur, ou le *vindex* qui s'oppose à une *in jus vocatio*. Car l'idée de représentation n'explique ni l'obligation au double de la créance originaire, à laquelle est soumis le *vindex* de la *manus injectio*, ni le fait que l'intervention du *vindex* libère le saisi, fait qui est prouvé par les XII Tables et par l'obligation de présenter pécuniairement la même surface que le débiteur. En ce sens, Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 43, n. 1, 70, n. 1, et *Manuel* 4, p. 970, n. 3, p. 981, n. 1; *Contra*, Gauckler, *N. R. H.*, 13, 1889, p. 601 s.; Maria, *Le vindex*, pp. 42-94, 213-219.

(2) Cf. sur l'*agere pro populo*, Bruns, *Die röm. Popularklagen*, *Z. R. G.*, 3, 1864, p. 369 [*Kl. Schriften*, 1, 1881, p. 337], et *Z. R. G.*, 12, p. 135 s. [*Kl. Schriften*, 2, p. 4 s.]; Heyrovsky, *Ueber die rechtliche Grundlage der leges contractus*, 1881, pp. 72-74; Mommsen, *Dr. public*, trad. Girard, 1^{er}, 1887, pp. 203-212; *Dr. pénal*, trad. Duquesne, 1907, 1, pp. 202-214; 2, 199; 3, 372-375, et *Die Popularklagen*, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 3, (*Gesammelte Schriften*, 3 (*Jur. Schriften*, 3), 1907, p. 377); Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 70, n. 1, 130, n. 1, 234, n. 3, 266-271, et *Manuel* 4, p. 1008, n. 1. V. la citation des opinions anciennes dans Keller-Wach, *R. C. P.*, § 54, n. 629. Le mot « *pro* » dans les expressions *pro populo*, *pro libertate*,

Le second cas de *lege agere alterius nomine* indiqué par les Institutes, l'*agere pro libertate*, est relatif à la *causa liberalis*. Dès les XII Tables, si un procès en contestation de liberté était soulevé, tout citoyen avait qualité pour se porter *adsertor liber-*

pro tutela signifie : relativement à, pour, en faveur de; Cf. Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, v^o *Pro* — Nous ne connaissons le *lege agere pro populo* que par les Institutes. Il s'agit sans doute ici d'actions populaires, c'est-à-dire selon la définition large de Mommsen, qui nous semble très exacte, *Z. S. St.*, 24, 1903, pp. 2-3, d'actions qui peuvent être intentées par le premier citoyen venu. Il est même vraisemblable que les rédacteurs des Institutes ont songé aux actions populaires intentées dans l'intérêt de la communauté et procuratoires, dont le produit profite à l'État, sauf un *præmium* pour le demandeur, par opposition aux actions populaires proprement dites, où le demandeur agit et obtient le jugement à son profit, assez fréquentes au temps de Justinien (Cf. Mommsen, *Dr. pénal*, 2, p. 199, n. 1), et que le scolaste des Basiliques (*Bas. LV, 32, 9*, éd. Heimbach, 5, p. 670) qualifiera ἰδίῳ ὀνόματι κινῆσαι. Selon nous, rien n'empêche que certains procès concernant les droits du peuple aient été transformés en procès entre deux particuliers et conduits suivant une procédure empruntée au droit civil, sinon dès le temps des XII Tables, tout au moins un peu plus tard. Ce procédé se conçoit aisément. Primitivement, de même que le particulier, l'État incarné dans l'assemblée des citoyens venge ses torts avec les moyens dont il dispose. Or le peuple, qui déjà très anciennement paraît avoir été traité suivant des règles propres (Cf. Mommsen, *Dr. public*, 1², p. 194 s., en particulier, p. 203 s.; Mitteis, *R. P. R.*, 1, p. 349), ne peut poursuivre lui-même. Il agira donc, soit par l'organe de ses magistrats, soit exceptionnellement par l'entremise de tout citoyen, qui dans certaines circonstances sera autorisé par des lois spéciales à intenter des procès dans l'intérêt d'autrui, mais qui concernent l'État directement ou même indirectement. Les cas d'application du *lege agere pro populo* nous sont inconnus. Nous savons seulement qu'au vi^e siècle de Rome, sous l'empire des Actions de la loi, de simples citoyens peuvent intenter des procès à caractère pénal, dans l'intérêt de la communauté, et suivant des formes empruntées au droit civil, en vue de réclamer une amende fixée par la loi. Cette faculté a dû leur être concédée, d'abord pour la protection de la propriété publique (Cf. la formule du temps de Caton, rapportée dans Festus, v^o *Vindiciae*), puis à propos d'actes qui paraissent plutôt des offenses aux dieux, par exemple le cas de la loi de Luceria, enfin relativement à certains actes qui lèsent surtout immédiatement des particuliers, mais intéressent indirectement l'État, ainsi pour la répression de l'usure, question qui est traitée par Plaute, *Persa*, 1, 2, 10-20, et *Truculentus*, 4, 2, 49 (Dans ce dernier texte, il s'agit uniquement d'une question

tatis et défendre le prétendu esclave qui ne pouvait figurer lui-même dans le procès comme plaideur (1).

Mais, à l'inverse des deux premières hypothèses, il est assez difficile de savoir à quelle institution ont songé les commissaires de Justinien en mentionnant le *lege agere pro tutela* :

d'usure; les mots « *venefica, suppostrix puerum* » sont simplement insérés à titre d'injures). Mais, dès lors, on peut se demander si ces actions sont procuratoires ou non. Mommsen, *Dr. public*, 1², p. 204 et *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 10, penchait pour la première solution, en s'appuyant, il est vrai, sur des exemples relativement récents. Pourtant il est à remarquer que le texte le plus ancien qui contienne quelque indication sur ce point, Plaute, *Persa*, 1, 2, 16-17, nous affirme le contraire. Certes, nous écartons de la discussion la loi que propose Plaute et qui, en opposition très nette avec la technique de la procédure romaine de la *manus injectio*, a dû être empruntée à un original grec, voisin de la loi d'Erythres (Cf. en ce sens, Partsch, *Röm. und griech. Recht in Plautus Persa*, *Hermes*, 45, 1910, pp. 598-602). Mais il demeure vrai que la situation contre laquelle proteste l'auteur existe certainement à Rome (Cf. Girard, *Org. jud.*, 1, p. 177, n. 2). Le *quadruplator* intentait pour usure une *manus injectio* à laquelle l'usurier pouvait défendre, semble-t-il, et dont le jugement était renvoyé aux *tresviri*, et vainqueur, il gardait tout le profit de l'action pour lui. Au reste, nous ne nous dissimulons pas que la nature de cette *manus injectio* soulève quelques difficultés. S'agit-il d'une *manus injectio quadrupli ab initio*, et dans ce cas, la *manus injectio*, telle que l'expose Gaius, 4, 21-25, n'étant donnée que pour des sommes d'argent fixées et liquides, comment le quadruple des intérêts injustement perçus est-il fixé et rendu certain? D'autre part, selon toute apparence, la condamnation ne doit pas croître au double ici en cas de dénégation. S'agit-il au contraire du quadruple des intérêts, qui serait le résultat de deux *manus injectiones* successives? Ce serait alors une *manus injectio pura*, peut-être celle donnée par la loi Marciade *usuris* (Gaius, 4, 23). Quoi qu'il en soit, le *quadruplator* vainqueur conservait tout le bénéfice de l'action, sans courir aucun risque s'il était vaincu. C'était là un appât qui devait aider à la repression du danger public qui constituait l'usure. Mais ce droit du demandeur paraît tout à fait logique. Si le particulier intente une *legis actio*, par exemple une *manus injectio*, il est naturel que le jugement soit prononcé à son profit et qu'il ait qualité pour toucher lui-même l'amende.

(1) Gaius, 4, 14; Tite-Live, III, 44-48, 56-57 (procès de Virginie): « *In his enim, quae adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id juris esse...* ».

le cas est incertain. Nous inclinons à penser qu'il s'agit ici de la *postulatio suspecti*, qui remonte aux XII Tables (1).

Tels sont, d'après les Institutes de Justinien, et en y ajoutant l'hypothèse plus tardive de la loi Hostilia, qui permet au premier venu d'agir pour le compte du volé absent dans l'intérêt de l'État ou prisonnier de guerre, les cas d'*agere alterius nomine* à l'époque primitive, c'est-à-dire, à notre avis, au temps des Actions de la loi. Nous pourrions même dire : les seuls cas d'*agere alterius nomine*, puisque les rédacteurs des Institutes ont eu évidemment la prétention de donner une énumération limitative, et qu'*a priori* le texte doit être envisagé ainsi(2).

(1) Cf. sur la portée de l'*agere pro tutela*, Hruza, *Ueber das lege agere pro tutela*, 1887, et compte rendu de Lotmar, *K. V. J.*, 30, 1888, p. 187. V. le tableau des opinions anciennes dans Keller-Wach, *R. C. P.*, § 54, n. 631. Tout d'abord, il y a peu d'importance à attacher à l'explication de ce passage par Théophile dans sa Paraphrase, car elle est absurde (*Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, éd. Ferrini, 2^e partie, 1897, p. 437). On pourrait sans doute voir dans l'*agere pro tutela* le procès que le tuteur intente pour son pupille, en argumentant d'Aulugelle, *Nuits Attiques*, 5, 13, 5 : en ce sens, Keller, *R. C. P.*, § 54, n. 631 ; Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 1, p. 110 ; Karlowa, *Legisaktionen*, p. 355 ; Bekker, *Aktionen*, 2, p. 115, n. 22 ; Eisele, *Cogn.*, p. 54 ; Gérardin, *N. R. H.*, 13, 1889, p. 8 s. ; Cuq, *Inst. jur.*, 11, p. 408, n. 4 ; Voigt, *R. R. G.*, 1, pp. 552, 555 ; Girard, *Org. jud.*, 1, pp. 70, n. 1, 97, n. 1. Mais le tuteur agissait alors en vertu de sa *potestas*, donc *suo nomine*. Reste l'opinion d'après laquelle l'exception visée serait la *postulatio suspecti* : c'est une action *quasi publica*, ouverte à tous (*D.* 26, 10, 7, pr., et *Inst.*, 1, 26, 3), appelée aussi *accusatio* (*D.* 26, 10, 1, 5, 7), remontant aux XII Tables selon Ulpien (*D.* 26, 10, 1, 2) et les Institutes (*Inst.*, 1, 26, pr.), où le tiers accusateur « *alieno nomine agere intelligendus est* » (Modestin, *D.*, 49, 1, 20, pr.), et est regardé « *quasi pupilli defensorem* » (*D.* 49, 4, 1, 14). Ce serait là une hypothèse s'accordant assez avec les autres exceptions des Institutes. Mais il est vrai, comme l'ont fait remarquer Pernice, *Festgabe für Beseler*, 1885, pp. 54-55, et Z. S. St., 14, 1893, p. 173, et Girard, *Org. jud.*, 1, p. 75, n. 1, qu'il est difficile de voir dans la *postulatio suspecti tutoris* un véritable procès lié par une *legis actio*. Cf. pourtant en ce sens, Klenze, *Z. G. R.*, 6, p. 48 ; Rudorff, *R. R. G.*, 2, p. 88 ; Rümelin, *op. cit.*, p. 38 s. ; Hruza, *op. cit.*, p. 675.

(2) En ce sens, Eisele, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 194, et *Beiträge*, p. 113. V. cependant Rümelin, *op. cit.*, p. 22.

Dès lors, il en résulte que non seulement on a pu *legere* pour le compte d'autrui de très bonne heure, mais qu'aussi les représentants en justice de la procédure formulaire, en particulier le *cognitor*, n'ont pu exister au temps des Actions de la loi⁽¹⁾.

Cette conséquence ne sera, il est vrai, pleinement justifiée que si les cas cités par Justinien sont véritablement des précédents de la représentation en justice de la procédure formulaire : en d'autres termes, cela revient à se demander si les exceptions indiquées par les compilateurs dans les Institutes de Justinien sont bien celles auxquelles fait allusion Gaius, 4, 82, dans les mots « *praeterquam ex certis causis* ».

Cette question ne peut se poser que depuis la nouvelle lecture des commentaires de Gaius par Studemund (1874). Auparavant, les interprètes ne pouvaient douter que les hypothèses énoncées dans les Institutes de Justinien ne fussent les premiers cas de représentation judiciaire. Tout d'abord, ils n'ont eu pendant longtemps à leur disposition pour la solution de cette question que le seul passage des Institutes de Justinien. Le renseignement qu'il fournissait ne pouvait donc être contrôlé. C'est seulement en 1816 qu'on découvre le manuscrit de Vérone contenant l'ouvrage de Gaius⁽²⁾. Or, après 1816, il n'y a même pas, sous ce rapport, grand'chose de changé. Car le § 4, 82, n'a pu être déchiffré que très incomplètement, et les premiers éditeurs, Gœschen, Bekker, Bethmann-Hollweg, l'ont restitué à l'aide du texte des Institutes de Justinien. Le manuscrit de Vérone les guidait du reste dans le rétablissement du texte, bien qu'il fût illisible en plusieurs endroits. Rien que par le simple aspect du palimpseste, il était facile de voir que l'espace était trop étroit pour contenir tous

(1) L'argument tiré des *Inst.*, 4, 40, *pr.*, est en effet la raison capitale qui s'oppose à l'admission du *cognitor* sous les Actions de la loi : cf. Eisele, *Z. S. St.*, 3, 1884, pp. 192-195, et *Beiträge*, p. 113; Wlassak, *Cogn.*, pp. 52-53. M. Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, p. 151, le reconnaît aussi, et c'est, à notre avis, à très juste titre.

(2) V. Girard, *Textes*³, 1903, pp. 201-205.

les cas d'exception cités par Justinien, et qu'il y avait, malgré des abréviations possibles, très peu de lettres, donc très peu de matières. Force leur fut de retrancher diverses hypothèses; et comme ils aperçurent quelques sigles qui leur semblèrent équivaloir à *pro populo et libertatis causa*, ils ne conservèrent que ces deux exceptions⁽¹⁾. Pour expliquer le silence de Gaius sur l'*agere pro tutela*, il n'y avait qu'à supposer que les compilateurs l'avaient ajouté à leur liste par erreur, puis à chercher une explication appropriée de cette hypothèse : ainsi s'est formée la conjecture proposée, entre autres auteurs, par l'éditeur du texte, Bethmann-Hollweg, qui voit dans l'*agere pro tutela* le pouvoir qu'a le tuteur d'agir pour son pupille *suo nomine*, en vertu de sa *potestas*⁽²⁾. C'est sur les données acquises par les lectures de Gœschen, Bekker et Bethmann-Hollweg, puis de Bluhme, qu'ont été composés les traités de procédure de Zimmern, Keller, Bethmann-Hollweg, etc. Et les auteurs ont continué à suivre le courant d'idées ancien, alors même que le texte du § 4, 82 ayant été modifié par de nouvelles lectures permettait de douter de la correspondance de Gaius et des Institutes de Justinien tout au moins quant à la détermination des exceptions.

Mais, en 1874, Studemund a reconstitué le texte exact et certain de Gaius dans l'*Apographum* et a donné de la finale du 4, 82, une lecture toute nouvelle. On n'a connu qu'à cette date le texte de Gaius, tel qu'il est publié dans les édi-

(1) Voici le texte de l'édition Gœschen, Bekker, Bethmann-Hollweg, *Gaii Institutionum Commentarii IV... nunc primum editi...*, Berolini, 1820, in-8°, 4, 82 (les lettres en italique sont celles que les éditeurs ont pu lire sur le manuscrit de Vérone; les autres sont une restitution d'après les Institutes de Justinien): « Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. *Alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio : cum olim, quamdiu erant legis actiones, in usu fuisset, alterius nomine agere non licere, nisi pro populo et libertatis causa* ». — Bluhme étudia le texte en 1821-1822, mais ne changea rien en ce qui concerne ce passage.

(2) Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 1, pp. 105, 108, 110.

tions de Krüger, de Girard, de Seckel et Kübler (1). Il est désormais établi que Justinien n'a pas emprunté la liste de ses cas d'exception à Gaius, 4, 82, puisque le jurisconsulte se contente de dire que, quand on se sert d'une *legis actio*, il n'est pas permis d'*alieno nomine agere praeterquam ex certis causis*. Mais il est plus délicat de décider dans quel auteur les compilateurs ont découpé la liste de leurs exceptions. De même qu'ils ont emprunté le début du *principium* des Institutes, 4, 10 à Gaius, 4, 82, ils ont copié tout ou partie du fragment suivant dans un ouvrage élémentaire classique. On ne peut malheureusement en contrôler la provenance (2). Il est seulement

(1) Voici maintenant le texte établi par Studemund dans : *Gaii institutionum commentarii IV Codicis Veronensis denuo collati apographum edidit G. Studemund*, 1874, et complété par des lectures nouvelles, 4, 82 (les lettres en italique sont celles qu'a pu lire l'éditeur) : « *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis* ». — Gaius d'Autun, 4, 90, ne s'occupe pas du droit ancien et paraphrase simplement ce que dit Gaius sur la procédure formulaire.

(2) V. sur la rédaction des Institutes par les commissaires de Justinien, Ferrini, *Sulle fonti dell'Istituzioni di Giustiniano*, dans *Rendiconti del reale Istituto Lombardo*, série 2, vol. 22, 1890, p. 131 s.; 2^e éd. remaniée, dans *Bulletino dell' Istit. di D. R.*, 13, 1900, p. 101 s. (compte rendu de Kübler, *Z. S. St.*, 23, 1902, pp. 508-526); Appleton, *Revue générale de droit*, 1891, pp. 12-41, 97-125; Zocco-Rosa, *D'une nouvelle Palingénésie des Inst. de Justinien*, dans *Mél. Fitting*, 2, 1908, et surtout, *Imp. Justiniani Institutionum Palingenesia* (*Annuario dell' Istituto di storia del dir. rom.*, IX, vol. 1 et 2), Catania, 1906-1911, [les deux premiers livres des Institutes sont seuls parus; les deux derniers contenant l'analyse de la partie qui nous intéresse ne paraîtront qu'en 1911, mais M. A. Zocco-Rosa a eu l'extrême obligeance de nous communiquer les épreuves de son livre quant à la partie qui nous concerne]. Pour ce qui regarde le passage des Institutes de Justinien, 4, 10, *pr.*, il est d'évidence que le premier tiers du *principium* jusqu'au mot *nisi*, qui, à part certaines modifications de forme, concorde avec Gaius, a été emprunté à Gaius, 4, 82. Mais dans quel auteur a été copié le second tiers jusqu'aux termes *et quia...*? D'après Ferrini, qui se montre au reste plus affirmatif dans *Rendiconti*, 1890, p. 163, que dans *Bulletino*, 1900, p. 199, la fin du *pr.* serait peut-être empruntée aux *Res Cottidianae* de Gaius, car

permis de penser que les rédacteurs des Institutes ont peut-être extrait ce morceau d'un manuel classique qui parlait de la procédure des Actions de la loi : comme le remarque M. Girard, l'existence de traités de ce genre est prouvée pour le temps de Domitien par la présence, dans le recueil d'abréviations de Valerius Probus, d'une partie relative aux *legis actiones*.

Dans tous les cas, puisque les compilateurs ont emprunté leurs exemples à une source différente des commentaires de Gaius, ou que peut-être ils en ont forgé eux-mêmes d'autres, il vient tout naturellement à l'esprit de se demander s'ils ont fidèlement traduit la pensée de Gaius. Ce doute prend quelque consistance, si l'on examine les divers cas énumérés par les Institutes de Justinien. Il s'agit là, remarquons-le, d'actions données en dehors de tout intérêt personnel au premier venu. Sans doute, le citoyen qui intente ou soutient de telles actions paraît agir en invoquant le droit d'autrui. Mais cette formation, au reste très ancienne, d'actions populaires, semble, de l'aveu unanime des interprètes (1), un précédent bien lointain d'un *agere cognitorio nomine* : quel rapport ont-

l'expression « *praeterea lege... permissum est* » est une tournure fort analogue à Gaius, 4, 25 : « *Postea lege... permissum est agere...* » et familière au jurisconsulte. En outre, Ferrini invoque Gaius, *D.*, 3, 3, 9, pour expliquer les mots de la fin du *pr.* « *et morbus... et necessaria peregrinatio* », à tort, du reste, car il s'agit dans ce texte de Gaius de la maladie du *cognitor*, alors que les Institutes s'occupent du représenté. Ses conjectures n'ont pas été critiquées par M. Kuebler, *loc. cit.* Pourtant, les résultats nous en semblent quelque peu douteux, de même qu'à M. Zocco-Rosa, *Imp. Justiniani instit. pal.*, vol. 2, pp. 345-346. Pour cet auteur, le passage *nisi — tutela* aurait été imaginé par les compilateurs de Justinien, et le passage *praeterea — possint* aurait été emprunté par eux à une source classique inconnue. Car la similitude des expressions « *lege Hostilia permissum est, lege Vallia permissum est* » n'est pas un indice suffisamment probant pour qu'on puisse en chercher la provenance dans les *Res Cottidianae* de Gaius. Selon nous, cette opinion est très vraisemblable.

(1) Cf. par exemple, Hruza, *op. cit.*, p. 16, n. 47 ; Wlassak, *Cogn.*, p. 52.

elles avec la représentation judiciaire ? Ce sont là des *judicia publica*, d'après la définition récente du mot, c'est-à-dire des procès ouverts à tout citoyen (1). Dans ces hypothèses, il existe une représentation forcée, car le citoyen intervient pour suppléer l'intéressé incapable ou dans l'impossibilité d'agir. Enfin, tandis que Gaius n'admet que des exceptions très limitées, il y aurait là une suite indéfinie de cas où l'on pourrait *lege agere* pour autrui.

Mais ce doute se fortifie encore par la comparaison du début de Gaius, 4, 82, et de celui du *principium* des Institutes de Justinien (4, 10). Les rédacteurs des Institutes l'ont, il est vrai, copié dans Gaius, mais, pour accorder ce passage avec celui qu'ils avaient découpé dans un autre ouvrage, ils ont dû opérer quelques remaniements de forme et remplacer le mot « *nos* » par le terme « *quemlibet* », ce qui aboutit à donner une physionomie un peu différente au texte (2).

Nous sommes ainsi amené à conjecturer qu'il y aurait eu méprise de la part des rédacteurs des Institutes de Justinien, de Dorothee, puisqu'on lui attribue le livre quatre (3). Mais, en bonne critique, cette opinion ne sera quelque peu fondée que si nous pouvons montrer comment les compilateurs ont été conduits à faire cette confusion.

La raison d'être en est la suivante : l'expression « *alieno nomine agere* » étant assez élastique (4), les commissaires de Justinien l'ont prise dans son sens le plus large et l'ont traduite par les mots « *alicujus nomine agere* ». Ils s'imaginèrent qu'il

(1) Cf. Ulpien, *D.*, 23, 2, 43, 10 ; Modestin, *D.*, 48, 10, 30, 1 ; *Inst.*, 4, 18, 1. En ce sens, Mommsen, *Dr. pénal*, 1, p. 223, n. 2.

(2) Gaius, 4, 82 : « *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno... cum olim... alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis* ». *Inst.*, 4, 10, *pr.* : « *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno... cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo...* ».

(3) Sur la rédaction des Institutes, sur leur valeur critique, et sur les nombreuses erreurs commises par les compilateurs, cf. outre les ouvrages de Ferrini et de Zocco-Rosa déjà cités, Appleton, *loc. cit.*, pp. 12-41, 97-125.

(4) Cf. *suprà*, p. 4.

y avait un *alieno nomine agere*, dès qu'une personne agissait sur la base d'un droit relatif à autrui. C'est ce qui se produisait dans les cas hétérogènes qu'ils ont rassemblés. Il est même vraisemblable, par exemple dans l'hypothèse de la loi Hostilia, qu'il devait y avoir une modification des paroles sacramentelles de la *legis actio*. Mais ce droit pour le premier venu d'agir dans certaines circonstances n'est pas un précédent de la représentation en justice. C'était un moyen qu'employait à l'origine l'État à propos de certains actes qui l'intéressaient directement ou même indirectement. Des lois spéciales ont pu établir des particularités dans diverses hypothèses qui concernaient immédiatement des particuliers et indirectement la cité. Il n'en est pas moins vrai que ces hypothèses rentrent difficilement dans le cadre du texte de Gaius. Le texte de Gaius est très clair : après avoir illustré l'expression *alieno nomine* et en avoir donné les principaux exemples, le jurisconsulte remarque qu'il n'est pas permis *d'alieno nomine agere*, lorsqu'on se sert d'une *legis actio praeterquam ex certis causis*. Et il est d'évidence que les termes « *alieno nomine* » ont un sens identique dans tout le § 4, 82.

A notre avis, les exceptions indiquées par Justinien ne correspondent pas aux *certae causae* de Gaius, et par suite le texte des Institutes de Justinien ne peut constituer une objection capitale contre l'existence du *cognitor* sous les Actions de la loi. En tout cas, il est au moins permis légitimement de n'accorder qu'une médiocre créance aux assertions d'un ouvrage qui, dans un aperçu sur les représentants judiciaires, ignore de parti pris le *cognitor*. L'ayant omis pour la procédure formulaire, on s'explique aisément que les Institutes l'aient passé sous silence au cas où il existait sous les Actions de la loi (1).

(1) En ce sens, Lenel, *loc. cit.*, p. 151. M. Eisele, dans sa réponse à M. Lenel, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 192, 195, objecte que les rédacteurs des Institutes ont eu à leur disposition des sources que nous ne connaissons pas. De plus, ajoute-t-il, c'est guidés par leur dessein de faire un manuel du droit de Justinien qu'ils ont supprimé les institutions vieilles,

Au temps des XII Tables, l'interdiction de la représentation en justice est donc complète, abstraction faite du droit d'agir dans certaines affaires intéressant autrui, admis dans un intérêt public en faveur du premier venu.

§ 2. — L'apparition du *cognitor* vers le VI^e siècle de Rome.

Si l'armature rigide et formaliste des Actions de la loi correspondait à un état social peu avancé, un jour est venu où les choses ont changé. L'État romain s'agrandit; les relations commerciales prennent de l'importance — en 406, Rome signe un traité de commerce avec Carthage. — Aussi les guerres plus longues, les voyages plus lointains

et, que dans l'espèce, ils ont effacé partout la mention du *cognitor*. On conçoit facilement qu'ils aient cru ici plus simple de passer sous silence le *cognitor* plutôt que de l'interpoler par *procurator*, ce qui aurait été une inexactitude. Mais, si le *cognitor* a existé sous les Actions de la loi, avec le pouvoir de *lege agere*, pourqu岸oi, dit-il, les compilateurs auraient-ils justifié l'introduction du *procurator* à une époque récente par des motifs de maladie, d'âge et de voyage (*Inst., h. t., pr.* : « *Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat..., ceperunt homines per procuratores litigare; nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio ...* »)? Cela n'implique-t-il pas qu'à une époque plus ancienne (*olim*) la maladie et l'âge ne fondaient aucune exception à la règle « *alieno nomine agere non licet* » ? — L'objection est assez spécieuse. A notre avis, on peut cependant y répondre. Les compilateurs ne pouvaient pas ne pas motiver l'introduction du *procurator*, et, ce faisant, loin de songer à la *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 20, ils se sont simplement bornés à copier Ulpien, 13 *ad ed.*, D., 4, 7, *De alien., jud.*, 4, 3 (Lenel, *Pal.*, 447), qui a trait à la constitution d'un *procurator* avant la *litis contestatio* et en donne comme raisons : « *Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit...* ». Au surplus, la conjecture d'un *cognitor qui lege agit ex certis causis* explique à merveille que les rédacteurs des Institutes, voulant à tout prix supprimer toute mention du *cognitor* dans un but de simplification et ne pouvant remplacer *cognitor* par *procurator*, ce qui ici eût été inexact, se soient décidés dans leur embarras, et afin d'imiter leur modèle Gaius, à donner une liste d'hypothèses très anciennes qui, en apparence, présentaient le caractère d'un *alieno nomine agere*, et dans lesquelles il y avait sans doute une modification des paroles sacramentelles de la *legis actio*.

rendent-ils fort pénible l'exigence de la présence en justice des parties pour un procès, et font-ils ressortir les inconvénients du principe de la non-représentation. D'autre part, la civilisation romaine progressant, la conscience publique devenue plus raffinée va s'émouvoir de ce fait que des vieillards et des malades, empêchés par leur état de santé de se rendre *in jure* et de prononcer les paroles sacramentelles de la *legis actio*, ne puissent ester en justice.

Sous la pression des nécessités pratiques, il fallut, aux ^v^e et ^{vi}^e siècle de Rome, atténuer la rigueur de la règle : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* ». Nous étudierons en premier lieu les tempéraments qui furent apportés à ce principe. Nous rechercherons ensuite si, dès l'époque des Actions de la loi, une exception à la prohibition d'*alieno nomine lege agere* fut introduite en faveur du *cognitor*.

I. — On songea d'abord à des tempéraments. Déjà, en haine des voleurs, une mesure particulière avait été prise par la loi Hostilia en faveur d'une catégorie d'absents, les *absentes republicae causa* et les prisonniers de guerre (1). Mais elle ne protégeait pas les Romains de plus en plus nombreux qui s'absentaient pour des nécessités commerciales et quelquefois fort loin. Pour atteindre un tel but, la pratique imagina d'utiliser des institutions existantes, la mancipation fiduciaire, l'*adstipulatio* et la corréalité active. Grâce à l'aliénation fidu-

(1) *Inst.*, 4, 10, *De his, pr.* : « *Praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent aut reipublicae causa abessent quive in eorum cujus tutela essent* ». Nous ne savons rien d'autre sur cette loi. M. Naber, *Observ. de jure romano*, III, *Ad ed. de proc.*, *Mnemosyne*, 17, 1889, pp. 389-390, suivi par Voigt, *R. R. G.*, 1, pp. 282, 283, 288, rapporte à cette loi la définition du *procurator* dans Cicéron, *Pro Caecina*, 20, 57 et voit un *procurator* dans le « τον βουλόμενον κινεῖν... » dont parle la Paraphrase de Théophile sur *Inst.*, I, c... Mais c'est à tort : il s'agit ici d'une action populaire permise en faveur des *absentes r. p. c.*, c'est-à-dire surtout des militaires (cf. Tite-Live, III, 44). Quant à ceux qui sont *apud hostes*, ce sont les prisonniers de guerre (cf. Gaius, I, 129, et Ulpien, D., 3, 5, *De neg. gestis*, 11, *pr.*). En ce sens, Girard, *Org. jud.*, 1, p. 191, n. 1 et Mitteis, *R. P. R.*, 1, 1908, p. 128, n. 11, p. 132, n. 27, et p. 234, n. 100.

ciaire, l'individu qui s'absentait pouvait remettre sa chose en garde à une personne de confiance qui, en devenant propriétaire, la défendait contre les usurpations des tiers (1). Par l'*adstipulatio* ou la corréalité active, il était permis au créancier de s'adjoindre un cocréancier, ou un créancier accessoire, donc de constituer quant à la créance elle-même un fondé de pouvoir susceptible d'intenter l'action qu'il n'aurait pu alors constituer quant au procès : de même pour le paiement le créancier s'adjoignait par contrat verbal un *adjectus solutionis gratia* (2). Toutefois ces procédés étaient fort dangereux. Le créancier pouvait craindre que l'*adstipulator* ne fit remise de la dette en fraude de ses droits; la loi Aquilia, dans son second chef, intervint, il est vrai, pour réparer le dommage causé au créancier principal par l'*acceptilatio* de l'*adstipulator*. Et, quant à celui qui avait aliéné sa chose avec pacte de fiducie, sans enfermer ce pacte dans un contrat verbal, il avait surtout comme ressource l'*usureceptio fideiucie*.

II. — Mais ce n'étaient là que des expédients qui tournaient d'une manière plus ou moins heureuse la prohibition de la représentation en justice. Or il existait des cas urgents dont les citoyens devaient nécessairement se préoccuper, ne fût-ce que la situation des malades, pour qui l'interdiction de la représentation équivalait à la suppression du droit. On ne pouvait remédier à cette situation qu'en introduisant une exception à la règle : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* ». Une telle dérogation au formalisme est évidemment tardive, vraisemblablement du ^{vi} siècle de Rome, mais a-t-elle seulement existé dès l'époque des Actions de la loi?

Un passage de Gaius, 4, 82, déclare que l'on peut *lege agere alieno nomine ex certis causis* : or, dans ce texte, il n'est pas

(1) Sur la *fideiucia cum amico*, Gaius, 2, 60; Boèce sur Cicéron, *Top.* 10, 41. Cf. Girard, *Manuel* ⁴ p. 520.

(2) Sur la corréalité active et l'*adstipulatio*, cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 740, p. 746.

question d'un tempérament, il s'agit certes d'une exception à la règle. Et, d'après les termes mêmes du texte, on peut conjecturer que l'hypothèse, où il est possible de *lege agere alieno nomine* pour des motifs déterminés, est à rechercher dans les exemples d'*alieno nomine* donnés par Gaius deux lignes auparavant (1). Or il ne faut nullement songer au *procurator*, qui a commencé par être l'administrateur général de la fortune d'un absent, ni même au tuteur et au curateur, car, d'une part, s'ils agissent primitivement pour l'incapable, ils le font en vertu de leur *potestas*, donc *suo nomine*, et, d'autre part, il n'est pas normal pour un citoyen d'avoir un représentant légal. La question peut surtout se poser en ce qui concerne le représentant judiciaire par excellence, le *cognitor*, d'autant plus que Gaius le cite en tête des représentants en justice : c'est maintenant le moment de nous demander si l'on peut faire remonter sa date d'apparition au temps des Actions de la loi. Nous examinerons si le *cognitor* existe dès cette époque ; quel est son rôle ; comment il a été introduit.

1. — Recherchons d'abord si l'institution du *cognitor* a été créée à l'époque de la domination exclusive des *legis actiones*. Le premier en date des textes que nous possédons sur la matière est celui de la Rhétorique à Herennius (2). L'auteur, qui est demeuré inconnu, écrit aux environs de l'an 670/84(3). C'est au début de son deuxième livre qu'énumérant les diverses sources du droit il propose, comme exemple du droit

(1) Nous avons vu en effet (cf. *suprà*, p. 19 s.) que les cas d'*alterius nomine agere* cités par les Institutes de Justinien ne sont pas les exceptions à la règle : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* », visées par Gaius, 4, 82.

(2) *Incerti auctoris de ratione dicendi ad C. Herennium l. IV, edidit Marx*, 1894, 2, 13, 20 : « *Ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem « et utilitatem » communem videtur pertinere, quod genus ut major annis LX et, cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum jus constitui convenit ex tempore et ex hominis dignitate* ».

(3) Cf. sur la Rhétorique à Herennius et sur sa date de composition, Schanz, *Gesch. der rom. Litteratur*, 1^{re}, 1, 1907, § 197, pp. 466-473. §

né de l'*aequum et bonum*, que le vieillard de plus de soixante ans et la personne malade constituent un *cognitor*.

Il est d'évidence que ce texte marque la première étape du développement de la cogniture.

Au reste, qu'y a-t-il d'étonnant que l'admission du *cognitor* ait été réalisée d'abord en faveur des vieillards et des malades ? Les seconds ne pouvaient se rendre *in jus* ni *in judicium*. Quant aux premiers, cela leur était peut-être possible à la rigueur, mais, soit que leurs facultés fussent affaiblies, soit qu'il leur fût pénible de diriger un procès long et délicat, mieux valait leur permettre de se faire représenter (1).

Il semble même, si l'on observe la tournure du texte, que le demandeur comme le défendeur pouvaient constituer un représentant. Il serait donc téméraire d'affirmer que la disposition de la Rhétorique a remplacé la loi des XII Tables, prescrivant au demandeur de fournir un *jumentum* au défendeur malade ou âgé (2). Ce sont toutes deux des mesures dictées par une idée d'équité.

C'est cette même raison d'équité qui nous porterait encore à décider que le texte contient moins une obligation qu'une faculté : la forme grammaticale du subjonctif qui pourrait faire incliner à une opinion opposée est simplement exigée par la construction « *quod genus ut* » (3).

(1) En ce sens, Lenel, *loc. cit.*, p. 151, n. 3. V. cependant Eisele, *Cogn.*, pp. 18-19. A propos des sexagénaires, v. Festus et Nonius Marcellus, v° *Sexagenarios*.

(2) XII Tables, 1, 3. La lecture d'Aulu-Gelle, *N. A.*, 20, 1, 25, qui rapporte cette loi donne l'impression que ce droit a subsisté très longtemps, sans être modifié. Cf. Eisele, *Z. S. St.*, 5, 1884, p. 194, n. 1.

(3) *Contra*, Eisele, *Cogn.*, pp. 18-19 et Wlassak, *Cogn.*, p. 68, n. 43. Cf. en notre sens, Gaius, 4, 124, qui, commentant les édits sur le *cognitor* (*Frag. Vat.*, 322), traduit la phrase impérative de l'édit par : « *Is qui per edictum dare non potest* ». D'autre part, il est probable qu'il doit en être ici de même que pour la loi des XII Tables, 1, 1, où l'*Auct. ad Her.* emploie une forme modernisée. Au surplus, peut-être le « *ut* » est-il commandé par l'expression « *quod genus* » ou « *hoc modo* », comme dans *Rhet. ad Her.*, 2, 26, 41 ; 3, 2, 2 ; 3, 20, 33, etc. Mais, pour qui n'admet pas cette con-

A quel moment la décision, que rapporte l'auteur de la Rhétorique, a-t-elle été rendue ? Sur ce point, le texte ne nous fournit aucun renseignement. On ne peut savoir si la décision que rapporte la Rhétorique existait encore, restreinte dans son champ d'application aux vieillards et aux malades, au temps où cet ouvrage fut composé, entre les années 668 à 672 de Rome. Nous pouvons toutefois atteindre à quelque précision, si de notre passage, nous rapprochons le *Pro Q. Roscio Comædo* (1). Cicéron plaida cette affaire en 687/67. Il y parle d'un procès qui fut soutenu quinze ans plus tôt, en 672, et où l'un des plaideurs se fit représenter par un *cognitor*. Ce procès fut plaidé sous la procédure formulaire. Or, en 672, vers l'époque même où fut composée la Rhétorique, rien n'implique que Roscius ait constitué un *cognitor* pour raison d'âge ou de maladie ; c'est donc que toute personne a la faculté de *dare cognitorem*. De là on peut induire que le passage de l'*Auctor ad Herennium* se rapporte à un état de droit antérieur à la deuxième moitié du VII^e siècle de Rome, aux débuts de la procédure formulaire, ou à la fin de la période des Actions de la loi, sans qu'on puisse au surplus donner une solution plus précise.

Certains auteurs ont cru pourtant dénouer le problème en s'appuyant sur un document où il est parlé de *cognitores* (2),

lecture, il est à remarquer que l'emploi de *ut* avec le subjonctif est la tournure usitée dans les sénatus-consultes émis par le Sénat et rédigés sous forme d'invitation : cf. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, 3, p. 300.

(1) Sur le *Pro Roscio comædo*, V. *infra* chapitre II.

(2) Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 5, 13 ; 2, 2, 43, 106 et 107 ; 2, 3, 60, 137, 2, 5, 65, 167 et 168. Cf. Wlassak, *Neg. gestio*, pp. 51, 55, suivi par Voigt, *R. R. G.*, 1, p. 295, mais qui semble avoir abandonné cet argument dans *Cogn.*, p. 63. V. Hitzig, *Die Herkunft des Schwurgerichts*, p. 53, n. 1. Contrà, Alibrandi, *De cognitoribus penes romanos veteres disquisitio*, 1854 (*Opere giur. e storiche*, 1, 1896, pp. 20-21) ; Eisele, *Cogn.*, p. 14 ; Debray, *op. cit.*, p. 15. — A ces textes, on pourrait ajouter, en faveur de l'origine étrangère du *cognitor*, un passage de Cicéron, *In. Q. Caecilium divin.*, 4, 11, dans lequel Cicéron se présente comme *cognitor* des pérégrins qui veulent intenter contre Verrès l'action *de repetundis*. Selon nous, il s'agit évidemment ici du *cognitor* représentant judiciaire, mais le mot est, dans le texte,

les Verrines, écrites vers 685/69 par Cicéron et relatives aux affaires de Sicile. Ne peut-on voir en ces *cognitores*, les précédents des *cognitores* romains? L'importation aurait été réalisée par le préteur, tout comme les demandes écrites formées par les plaideurs siciliens auraient été le modèle de la formule romaine. Ainsi serait tranchée d'une façon très simple et décisive la question des origines de la cogniture : ce serait une institution du droit prétorien et d'origine sicilienne. Nous ne le pensons pas. Les *cognitores* des Verrines ne sont autres que des répondants que doit fournir un accusé criminel. Le terme *cognitor* a un sens identique dans le texte, 2, 3, 60, 137, qui seul pourrait prêter à une équivoque et où il faut voir une allusion ironique à la société illicite qui était formée entre Apronius et Verrès. Analogues à ces répondants quant au nom et quant à la fonction, sont les *cognitores* que mentionne la loi agraire de 643 et les *cognitores praediorum* de la loi de Malaca. Ce sont les γνωστῆρες grecs dont parle Xénophon : entre eux et le *cognitor* de la procédure romaine le nom seul est commun (1).

Par conséquent, ces textes ne nous fournissent aucun renseignement sur la date d'apparition du *cognitor*. Aussi, pour rechercher si ce représentant a été créé dès l'époque de la domination exclusive des Actions de la loi, il faut nous demander si dans la physionomie du *cognitor* de l'époque formulaire, il ne se trouve pas des traits caractéristiques d'une procédure plus archaïque, qui ne s'harmonisent pas avec

détourné de son sens technique et il est équivalent à *patronus* ou à *actor*. Cicéron se présente simplement comme l'avocat des pérégrins, et il emploie l'expression *cognitor* métaphoriquement : « *Me defensorem calamitatum suarum, me ultorem injuriarum, me cognitorem juris sui, me actorem causae totius esse voluerunt* ». Cf. pourtant Mommsen, *Dr. pén.*, 2, p. 35, n. 3; 3, p. 24, n. 1; Hitzig, *op. cit.*, p. 53.

(1) Loi agraire de 643, l. 53, relativement à l'*ager Africanus* (Girard, *Textes*³, 1903, p. 55); Loi de Malaca, c. 63 et c. 64 (Girard, *Textes*³, p. 115). Outre Xénophon (*Cyrop.*, liv. 6), ces γνωστῆρες sont mentionnés dans des sources égyptiennes : cf. Mommsen, *Gesammelte Schriften*, 1, 1905, p. 368.

la procédure des formules, mais demeurent sous celle-ci comme la survivance du formalisme des actions de la loi. Si en particulier, la constitution du *cognitor* se présente à l'époque classique comme un acte formel — ainsi que le sont les actes du vieux droit civil —, on ne peut soutenir que les débuts de l'institution remontent à la procédure non formaliste des formules. Son origine civile serait plutôt démontrée et rendue vraisemblable.

Or, d'après le texte de Gaius, 4, 83 et 97, complété par les Fragments du Vatican, 318, 319, 329, nous pouvons facilement reconstituer les formes dans lesquelles s'accomplit à l'époque classique la *cognitoris datio*. C'est un discours unilatéral prononcé par le *dominus* et adressé à l'adversaire, sans que la présence du *cognitor* soit nécessaire, dans le but de constituer un représentant et de lui donner qualité pour agir avec l'adversaire. Cette déclaration de volonté unilatérale est enfermée dans des paroles sacramentelles requises, qui, par suite, n'admettent pas l'apposition d'une condition.

Il importe, en premier lieu, d'observer combien la forme de la *datio cognitoris* paraît archaïque. Elle se réalise par un discours unilatéral que prononce le *dominus* devant l'adversaire passif. Or, dans la plupart des actes de l'ancien droit, dans la *mancipatio*, dans l'*in jure cessio*, dans le *nexum*, l'une des parties joue seule un rôle actif et prononce les paroles solennelles (1), tandis que l'autre doit simplement être présente et, ne contredisant pas, laisser l'acte s'opérer. Cette forme est, du reste, adaptée au but que les parties se proposent d'atteindre, et qui n'est alors poursuivi que dans une seule direction et au profit d'une seule personne, en vertu d'une règle du vieux droit romain, le principe de la simplicité des actes juridiques (2).

Il en est de même ici (3). La seule déclaration du constituant

(1) Cf. en ce sens Ihering, *Espr. du dr. rom.*, trad Meulenaere, 3, 1887, pp. 302, 306.

(2) Cf. Ihering, *op. cit.*, 4, 1888, p. 131 s.

(3) V. Debray, *op. cit.*, pp. 37-41. Nous ne pouvons approuver sans res-

suffit pour produire objectivement l'effet qu'il a en vue, elle crée un rapport entre le constituant et l'adversaire : c'est pourquoi le *dominus* parle catégoriquement et emploie l'indicatif. La *datio cognitoris* se révèle comme un acte simple, ne produisant de droit qu'au profit du constituant, sans lui imposer en même temps un devoir, ou sans procurer à l'adversaire un droit contraire, et ayant seulement pour effet de donner qualité au *cognitor* pour agir avec l'adversaire aux lieu et place du

trictions ce que dit cet auteur sur le caractère de la *datio cognitoris*. S'il nous semble établi par de Ihering que l'unilatéralité réside dans le rapport de droit issu de la *cognitoris datio*, nous ne croyons pas qu'on puisse parler d'acte juridique unilatéral, dans le sens moderne du mot : Cf. Schott, *Röm. Civilproz.*, 1904, p. 57. A notre avis, chacune des parties pour la conclusion de l'acte a une manière d'agir qui lui est propre, et le rite de chacun est différent suivant l'effet à produire. Et, tandis que du côté du *dominus* le rite obligatoire consiste dans la prononciation d'une formule sacramentelle, le rite exigé de la part de l'adversaire consiste dans son assistance passive : Gaius d'Autun, 4, 92 : « *Ergo ut cognitor constituatur, et praesentia necessaria est et verborum dictio; nam praesens...* » [le mot *praesentia* est restitué, mais d'une façon certaine]. (Cf. par analogie, Mitteis, *Z. S. St.*, 21, 1900, p. 203, suivi par Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 149, et Girard, *Z. S. St.*, 23, 1908, p. 149, qui a déduit finement de la scolie du Sināi, 18, que le *tacere* du cédant dans l'*in jure cessio* (Gaius, 2, 24) est même un *lege agere*). Il nous semble que la *datio cognitoris* est bien un *actus*, ou, selon l'expression de M. Audibert (*Sur un fragm. d'Ulpien, Mélanges Fadda*, 1, Napoli, 1906, pp. 370-371, une *actio* au sens large, c'est-à-dire un acte privé dont l'ancien droit règle la forme et les effets. — D'autre part, pour nous qui inclinons à voir dans le *cognitor* un individu qui *lege agit alieno nomine*, la *datio cognitoris* ne peut être un *jussum*. Mais même dans la théorie d'Eisele, appuyée par M. Debray, *op. cit.*, pp. 34-50, qui limite la fonction du *cognitor* au *judicium*, et d'après laquelle les conséquences du procès se produisent en la personne du représenté, l'idée de concevoir la *datio cognitoris* comme un *jussum* demeure une pure conjecture. C'est un *jussum* tout différent du *jussum* du père ou du maître. Enfin il n'y a aucun argument à tirer d'Ulpien, 8 *ad ed.*, *D. 46, 2, De nov.*, 17 (Lenel, *Pal.*, 301) : la place de ce fragment au milieu des développements sur le *cognitor* s'explique très aisément si l'on se rappelle que la *cognitura in rem suam* peut réaliser une délégation : dans ce texte, Ulpien est ainsi amené, par voie de comparaison, à dire que cette opération peut aussi se faire par un écrit ou même par un signe de tête. *Contrā*, Debray, *op. cit.*, p. 36.

dominus. Puisque ce sont les paroles sacramentelles prononcées qui ont la vertu de créer le droit, le constituant n'a qu'à réciter sa formule devant l'adversaire. Cette forme demeura vivante à l'époque classique, grâce à l'esprit conservateur des Romains.

Un autre caractère non moins formaliste, et qui peut servir aussi bien que l'unilatéralité de la *datio cognitoris* à fixer l'origine civile du *cognitor*, c'est la présence dans la formule de constitution de *certa verba*, *certa et quasi sollemnia verba* (1). Certains auteurs ont cru pouvoir prétendre que l'emploi des *certa verba* se justifierait par la nécessité où se trouva le préteur d'exiger du représenté une explication formelle qui précisât sa constitution à l'égard de l'adversaire, que du reste un certain formalisme existerait dans le droit honoraire (2). Mais il y a une grande divergence entre le soi-disant formalisme prétorien et le formalisme des Actions de la loi. Ce que l'on appelle « le formalisme honoraire » est dicté par des raisons d'utilité pratique et n'est pas rigoureux : par exemple, celui qui laisse un fidéicommiss devra le faire en termes quelconques ; c'est là un minimum de formalisme très admissible. Si, d'autre part, les mots *sollemnia verba* ont fini par dévier de leur sens primitif à une époque d'ailleurs tardive, cela ne prouve pas grand'chose (3). Au contraire, il est

(1) Gaius, 4, 83, 97; Gaius d'Autun, 4, 94; *Frag. Vat.*, 318; arg. *a contrario* de Gaius, 4, 84 et des *Inst.*, 4, 10, 1 : « *Procurator neque certis verbis...* ». En ce sens, Eisele, *op. cit.*, p. 15 et *Beitr.*, pp. 94-96; Fierich, *Zeitschrift* de Grünhut, 9, 1882, p. 612; Lenel, *loc. cit.*, p. 149; Debray, *op. cit.*, p. 19; Girard, *Org. jud.*, 1, p. 192, n. 2. — Ajoutons que la distinction intentionnelle des conjonctions *quod* et *quia* dans les formules de la *datio cognitoris*, la première étant celle dont se sert le demandeur et la seconde étant celle qu'emploie le défendeur, n'est nulle part si bien observée que dans les formules juridiques anciennes : cf. Ihering, *op. cit.*, 3, p. 274 s., p. 315.

(2) Wlassak, *Neg. gestio*, pp. 50, 56, *Cogn.*, pp. 27, 58-63, 74-75 et *Die Praetorischen Freilassungen*, *Z. S. St.*, 26, 1905, p. 422, suivi par Rümelin, *op. cit.*, p. 89, et Mitteis, *R. P. R.*, 1, p. 66, n. 11, p. 289.

(3) Cf. Sur la déformation du sens du mot *sollemnis*, quand il est employé dans le *receptum* (*C. J.*, 4, 18, *De const. pec.*, 2), Girard, *Manuel*⁴, p. 605,

à remarquer, lorsqu'on recherche dans quelles institutions ils sont employés, que ces *certa verba* se retrouvent dans des institutions du vieux droit civil, dans la *confarreatio*, dans la *cretio*, dans la *pignoris capio* ⁽³⁾ : et Pomponius dit pour le droit de cette époque : « *quas actiones certas sollemnesque esse voluerunt* ⁽⁴⁾ ».

Bien plus, la structure juridique de la *datio cognitoris* est identique aux formules d'actes de l'ancien droit, de la *cretio*, de la *nexi liberatio*, de la *manus injectio judicati*, de la *belli indicio* ⁽¹⁾.

Enfin, tandis que la forme d'un fidéicommiss par exemple, est assez souple et susceptible d'additions ou même de l'insertion d'une condition, la *datio cognitoris* ne peut, à peine de nullité se faire *sub condicione* ⁽²⁾. Or cette particularité ne se justifie que si l'on conjecture que la *datio cognitoris* appartient au groupe des *actus legitimi*, qui ne comportent aucune modalité. Le texte invite lui-même à ce rapprochement, alors qu'il met sur la même ligne, et la *cognitoris datio*, et la *mancipatio*, et l'*acceptilatio*, et l'*expensilatio*, ces quatre der-

n. 2; ou rapproché du *vadimonium* (Aurelius Victor, *De Caesaribus*, 16, 41, avec l'observation de Fliniaux, *Le vadimonium*, Paris, 1908, p. 107, n. 1); ou joint à la *cautio judicatum solvi* (D. 3, 3, 46, pr.).

(1) Gaius, 1, 112 : « *Confarreatio... cum certis et sollemnibus verbis* »; Gaius, 2, 116 : « *Institutio heredis sollemni more* »; Gaius, 4, 29 : « *Certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse...* ».

(2) Pomponius, *lib. sing. Enchir.*, D., 1, 2, *De orig. jur.*, 2, 6.

(3) Gaius, 4, 83, *cognitoris datio* : « *Quod ego..., in eam rem tibi L. Titium cognitorem do* ». Gaius, 2, 166, *cretio* : « *Quod ego..., eam hereditatem adeo cernoque* ». Gaius, 3, 174, *nexi liberatio* : « *Quod ego..., me eo nomine a te solvo libero que* ». Gaius, 4, 21, *manus injectio judicati* : « *Quod tu..., ob eam rem ego tibi..., judicati manum injicio* ». Aulu-Gelle, *Noct. Att.*, 16, 4, 1, *belli indicio* : « *Quod populus..., ob eam rem ego populusque Romanus... bellum dico facioque* ». Cf. en ce sens, Eisele, *Beitr.*, pp. 98-99.

(4) *Frat. Vat.*, 329 : « *Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur* ».

niers actes étant rangés par Papinien dans la catégorie des *actus legitimi* (1).

Ajoutons encore que si Ulpien prend même la peine à l'époque classique de spécifier que la *cognitoris datio* n'est pas nulle pour un changement de mot, cela prouve qu'il n'en a pas toujours été ainsi, en particulier dans les premiers temps (2). C'est précisément ce qui avait lieu dans le vieux droit formaliste où le plaideur devait prononcer les termes sacramentels requis à peine de nullité. Enfin il ne faut pas objecter l'emploi de la langue grecque dans la *cognitoris datio* au temps de Paul (3) : le mot *etiam* indique

(1) Papinien, 18 *quaest.*, D., 50, 17, *De R. J.*, 77 (Lenel, *Pal.*, 341). On s'explique facilement que, dans cette source qui nous est transmise par le Digeste, la *datio cognitoris* ne soit pas mentionnée, car Justinien qui a voulu supprimer toute trace du *cognitor* et a retranché ce mot, là où il ne pouvait l'interpoler par *procurator*, a dû le biffer ici comme ailleurs. Le texte contient en outre quelques tribonianismes : au lieu d'*aditio hereditatis*, il y avait originairement *cretio*. Enfin le « *nonnumquam tamen* » est une expression favorite des compilateurs. Cf. en ce sens, Eisele, *op. cit.*, p. 11 et *Beitr.*, pp. 104-107, suivi par Lenel, *loc. cit.*, p. 149 et Girard, *op. cit.*, p. 192, n. 2. *Contrà*, Wlassak, *Neg. gestio*, p. 56 et *Cogn.*, p. 63, suivi par Rümelin, *op. cit.*, p. 90 et Mitteis, *op. cit.*, p. 66, n. 11. — Hotman, *Quaest. illustr. liber* [Parisiis], 1573, q. 33, p. 259, rangeait déjà la *procuratoris (cognitoris) datio* parmi les *actus legitimi*.

(2) *Frag. Vat.*, 318 (Ulpien, 8 *ad ed.*) : « *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.* » (Evidemment, *in legis actionibus* ne doit pas être traduit par : au temps des Actions de la loi). C'est sans doute cette faculté de changer un mot dans la *datio cognitoris* à l'époque classique, qui fait dire à Gaius, 4, 97 : « *Certis et QUASI sollemnibus verbis* ». Cf. différemment Rümelin, *op. cit.*, pp. 89-90 et Eisele, *Beitr.*, p. 94.

(3) *Frag. Vat.*, 319 (Paul) : « *Etiam Graecis verbis cognitorem posse dari inter omnes constat* ». De ce texte, Wlassak, *Neg. gestio*, p. 55, et *Cogn.*, p. 64 s., pense induire l'origine grecque de la cogniture. V. les observations concluantes d'Eisele, *Beitr.*, pp. 131-135 : la faculté de se servir, non plus seulement des mots prescrits, et par conséquent du latin, mais d'une langue étrangère, s'explique par cette raison que l'édit de Caracalla, de portée au reste discutée, donna la qualité de citoyens aux habitants de l'empire, en

plutôt qu'il n'y eut là qu'un abandon du formalisme primitif. Au surplus, la même extension s'est produite à l'époque classique pour la *stipulatio* et pour l'*acceptilatio* (1).

De tous ces textes, il résulte, à notre avis, que la *datio cognitoris* a vraisemblablement été imaginée dans l'ancien droit civil romain (2). Elle se révèle, sous la procédure formulaire non formaliste, comme un acte formel. Il est inutile d'insister longuement sur ce fait que ce caractère formel se retrouve dans presque tous les actes du vieux droit civil et n'existe que là. L'explication la plus simple et la plus naturelle à donner, c'est d'admettre que la *datio cognitoris* a été créée sous une procédure formaliste. A notre avis, il convient d'y voir une de ces formes civiles dont les particuliers se servaient pour produire certains effets juridiques. La *datio cognitoris* serait un acte privé dont l'ancien droit civil réglait la forme et les effets. Si elle a été réglementée à une époque récente par le prêteur, il n'en résulte pas qu'elle ne remonte pas au droit civil. Les avantages mêmes de précision, de certitude et de publicité qu'elle offre pendant la période classique sont tout simplement les conséquences du formalisme. Mais c'est grâce à eux que la *datio cognitoris* a continué à subsister sous la procédure formulaire, avec quelques atteintes, cependant, produites par ce phénomène d'effacement qui est dans la nature des choses.

Les conclusions que nous portons sur la *datio cognitoris* nous amènent logiquement à penser que l'institution de la cogniture a pris naissance sous les Actions de la loi. Mais,

particulier aux peuples de langue grecque, et qu'il fallut alors modifier les anciennes formes des actes juridiques, pour leur permettre de les utiliser.

(1) Ulpien, 48 *ad Sab.*, D., 45, 1, *De V. O.*, 1, 6, et D., 46, 4, *De acceptil.*, 8, 4.

(2) Nous insistons moins sur un arg. *a contrario* que l'on peut tirer d'Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 3 (Lenel, *Pal.*, 320), et pas du tout sur l'arg. *a contrario* que l'on a voulu tirer des *Frag. Vat.*, 325-327. C'est en combinant cette source avec un texte d'Ulpien, *Reg.*, 11, 27, que M. Eisele, *op. cit.*, p. 11 et *Beitr.*, pp. 107-111, arrive à conclure, presque mathématiquement, que la cogniture est un *civile negotium*.

d'un autre côté, la disposition de la Rhétorique à Herennius, 2, 13, 20, nous a indiqué que le *cognitor* avait d'abord été constitué par des vieillards et des malades, donc pour des motifs déterminés, et nous a permis très légitimement d'en déduire que c'était là le domaine d'application primitif de la cognition. Enfin Gaius, 4, 82, nous a déclaré qu'au temps où les Actions de la loi étaient en usage on pouvait *agere alieno nomine ex certis causis*, et il est vraisemblable qu'il a attaché aux mots *alieno nomine* la même signification que deux lignes plus haut quand il les a définis. N'est-il pas alors permis d'en conclure que la vieillesse et la maladie appartiennent à ces *certae causae*, où, nous dit Gaius, il était permis exceptionnellement d'*agere alieno nomine* sous la procédure des Actions de la loi? Cette conjecture se concilie avec le texte de Gaius, 4, 82, et elle n'est contrariée en aucune façon par le passage des Institutes de Justinien, 4, 10, *pr.*, tel qu'il doit, à notre avis, être interprété. Elle s'harmonise fort bien avec les vraisemblances générales, car il est évident qu'il a fallu la pression des nécessités pratiques pour porter atteinte aux principes formalistes.

2. — Mais, dès lors, se pose la question de savoir quel rôle joua le *cognitor* dans la procédure. C'est maintenant le moment de l'esquisser. Nous l'avons, au reste, laissé deviner, tandis que nous essayions de prouver l'existence de ce représentant sous les Actions de la loi. Il nous faut encore ici partir du texte de Gaius, 4, 82. D'après cette source, le représentant, constituant une exception à la règle de la non-représentation en justice, *agit alieno nomine ex certis causis*, et le mot *agere* équivaut ici à *lege agere*. C'est donc que le *cognitor* fait la *legis actio* pour autrui, et qu'il se rend non pas seulement *in iudicio*, mais *in iure*⁽¹⁾. Cela s'explique très facilement s'il représente

(1) *Contra*, Schmidt, *op. cit.*, p. 29 s.; Eisele, *Cogn.*, p. 23 s. et *Beitr.*, pp. 119-123; Debray, *op. cit.*, p. 14 s. — Dans notre opinion, il existe une filiation très logique entre le *cognitor*, tel que nous le concevons sous les Actions de la loi, et le *cognitor* que nous font connaître les textes classiques.

des vieillards et des malades, car ce sont des personnes à qui il est impossible de se rendre aussi bien *in jure* qu'*in judicio*.

L'intervention du représentant devait sans doute amener des modifications dans les termes sacramentels de la *legis actio*. Il nous semble aventureux de les rechercher. Tout au plus, est-il probable que, d'une part, le représentant devait affirmer le droit du représenté dans les paroles solennelles, et que, d'autre part, les effets du procès conduit par lui se produisaient en sa personne et ne pouvaient atteindre le représenté qu'indirectement, en vertu du principe formaliste fondamental, d'après lequel les conséquences d'un acte se réalisent en la personne même de celui qui l'accomplit⁽¹⁾.

3. — Il reste maintenant à voir comment l'introduction du *cognitor* a été réalisée sous les Actions de la loi. L'auteur de la Rhétorique à Herennius affirme sans doute que cette réforme est due à l'*aequum et bonum*, plus largement à la *mos*, puisque l'*aequilas* est un fragment du droit coutumier, mais il faut attacher peu de poids à cette information. Car les développements de la Rhétorique, composée d'après des originaux grecs, revêtent un caractère philosophique évident, l'énuméra-

Que l'évolution de l'institution apparaisse normale, c'est une preuve en faveur de l'exactitude de notre conjecture, et contre l'opinion qui restreint sous les Actions de la loi le rôle du *cognitor* à la phase *in judicio*. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'un principe nouveau introduit sous la procédure formulaire eût forcé à se modifier l'institution de la cogniture. Or, quoi qu'on dise, il n'en est rien, et les explications de M. Eisele, *Z. S. St.*, 5, 1884, pp. 205-207, et *Beitr.*, pp. 119-123, ne sont nullement probantes. Et il est peu logique de restreindre sous les Actions de la loi le rôle du *cognitor* à la phase du *judicium*. Car, si cette opinion ne porte pas atteinte, il est vrai, à la prohibition d'*alieno nomine lege agere*, elle aboutit à admettre que les conséquences du procès vont se produire chez le représenté, alors que plus tard elles se réaliseront chez le représentant, que donc la représentation parfaite a dégénéré en représentation imparfaite : et c'est là une suite peu vraisemblable (en ce sens, Hölder, *K. V. J.*, 24, pp. 18-19; Lenel, *loc. cit.*, pp. 149-154; Girard, *op. cit.*, p. 192, n. 2, et *Manuel*⁴, p. 1019, n. 4).

(1) Cf. Maria, *Le Vindex*, pp. 47-48.

tion des sources du droit est faite à un point de vue général et logique, nullement juridique (1).

S'il ne semble pas davantage que l'*aequum et bonum* fasse allusion à l'édit du prêteur (2), rien, d'ailleurs, n'empêche d'admettre que la constitution d'un *cognitor* pour les vieillards et les malades ait été autorisée par une loi; ne dirait-on pas de même plus tard pour la *condictio*, dont l'origine civile est incontestée, qu'elle a été *ex aequo et bono introducta* (3).

Bien au contraire, si le *cognitor alieno nomine lege agit* et qu'il s'ensuive une modification des paroles sacramentelles de la *legis actio*, il est fort naturel d'admettre que l'introduction du *cognitor* est due à une disposition législative positive (4). Car seule une loi pouvait autoriser son intervention, en vertu de la règle formaliste : « *Nulla actio sine lege* ». Cette loi est, il est vrai, ignorée. Peut-être rentre-t-elle dans le groupe des lois réformatrices de la deuxième moitié du vi^e siècle de Rome.

(1) Cf. Eisele, *Beitr.*, p. 125, et surtout Pernice, *Parerga X, Zum röm. Gewohnheitsrechte*, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 127, pp. 147-149.

(2) Cf. Rümelin, *op. cit.*, pp. 91-92; Wlassak, *op. cit.*, p. 68. D'après Karlowa, *Legisaktionen*, p. 359, le *cognitor* aurait été introduit par les *jurisperiti*.

(3) *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 66. Ulpian, *D.*, 46, 4, *De acceptil.*, 84, dira de même que l'*acceptilatio* est du *jus gentium*.

(4) Cf. en ce sens, Girard, *Org. jud.*, 1, p. 192, n. 2. — Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 2, p. 417, n. 47, admet aussi pour le *cognitor* une origine légale, mais postérieurement à la loi *Æbutia*.

CHAPITRE II

LE DÉVELOPPEMENT DU *COGNITOR* DANS LES DÉBUTS DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE, D'APRÈS LE *PRO ROSCIO COMÆDO*

Dès la première moitié du VII^e siècle de Rome, la procédure des Actions de la loi n'est plus seule en usage. Les plaideurs peuvent se servir d'une nouvelle procédure, introduite par la loi *Æbutia*, la procédure par formules, et ils doivent vraisemblablement la choisir le plus souvent pour des raisons de commodité.

Il en résulte que la plupart des institutions en vigueur dans la procédure ancienne vont passer et désormais fonctionner dans la procédure formulaire, mais en s'y adaptant. Ainsi en est-il pour le *cognitor*. Un document fort important témoigne de son existence à la fin du VII^e siècle de Rome : il s'agit du *Pro Q. Roscio Comædo* ⁽¹⁾, plaidé par Cicéron en 688/66 ⁽²⁾.

(1) Bibliographie : C. A. Schmidt, *M. Tullii Ciceronis pro Q. Roscio Com.*, Lipsiae, 1839, § 4, *Observationum*, pp. 25-30; Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 2, p. 865, *Pro Q. Roscio Com.* (en appendice), § 124, pp. 804-827; Costa, *Orazioni di dir. priv. di M. Tullio Cicerone*, pp. 34-51; Roby, *Roman Private Law*, 2, 1902 (en appendice), pp. 486-502; Pflüger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comædo*, Leipzig, 1904, avec les comptes rendus de E. I. B. (Bekker), *Z. S. St.*, 25, 1904, pp. 390-395, de Kübler, *Berliner Phil. Wochenschrift*, 25, 1905, pp. 664-673, et de Duquesne, *A travers la condictio*, *N. R. H.*, 32, 1908, pp. 213-225. Cf. pour une bibliographie plus complète, Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur*, 1, 2, 3^e éd., München, 1909, pp. 244-246. — Le texte du *Pro Roscio* dont nous nous servons est celui donné par Müller dans l'éd. Teubner, *Cicero, Opera omnia*, 2, 1, 1880.

(2) Le *Pro Q. Roscio Comædo* a dû, à notre avis, être plaidé en 688/66

Dans l'exposé de l'affaire, l'avocat fait mention d'un *cognitor* qui aurait été constitué non, pour le procès actuel, mais pour un procès intenté plusieurs années auparavant, suivant les règles de la procédure par formules : « *judicio damni injuria constituto* », déclare Cicéron au c. 11, 32, employant le terme caractéristique qui sert à désigner la formule (1). Ce

(cf. sur la date du plaidoyer, comme aussi sur sa valeur littéraire, Schanz, *loc. cit.*). En voici les motifs. Le compromis entre Flavius et Roscius a eu lieu à une époque de troubles, à un moment où, par suite des proscriptions de Sulla, une crise sévissait sur les biens fonciers qui étaient dépréciés : la date où il a été conclu serait très voisine de 673/81. Or, entre ce compromis et le procès actuel, il s'est écoulé, d'après les manuscrits, quinze ans, que certains éditeurs anciens avaient corrigé en quatre ans. Et nous croyons ce chiffre de quinze ans exact : un espace de temps un peu considérable est nécessaire pour expliquer la plus-value du fonds que Roscius avait acquis. D'autre part, entre le procès actuel et un accord conclu entre Roscius et Fannius trois années auparavant, un procès s'est plaidé entre Fannius et Flavius, le *judex* choisi a été C. Cluvius, un chevalier romain : or les chevaliers romains, exclus par Sylla, n'ont pu redevenir juges qu'après la loi Aurelia de 684/70, ce procès est donc un peu postérieur à cette date. Par suite, le procès actuel est également postérieur à 684 de quelques années. Mais le juge choisi par les parties, Pison, aurait été consul en 67, d'après Drumann, *Geschichte Roms*, 5, 1841, p. 348 (Cf. Wehrmann, *Fasti praetorii*, Berolini, 1875, p. 45, d'après lequel C. Calpurnius Piso aurait été préteur urbain, un peu avant 69 et consul en 67). Il est assez vraisemblable, en somme, que le *Pro Roscio Comædo*, postérieur de 15 années au compromis entre Roscius et Flavius, de moins de trois ans au procès entre Fannius et Flavius, ait été prononcé en 688/66 ; le compromis entre Roscius et Flavius serait de 673/81, et par conséquent le procès intenté par Roscius et Fannius contre Flavius, dans lequel Fannius se présente comme *cognitor* de Roscius, serait un peu antérieur, de 673 ou de 672. Cf. pourtant Wlassak, *Z. S. St.*, 28, 1907, p. 110, qui place le *Pro Roscio* entre 677 et 686.

(1) *Pro Roscio*, 11, 32 : « *Lite contestata, judicio damni injuria constituto* ». M. Eisele, *Cogn.*, p. 23 s. suivi par Debray, *op. cit.*, p. 28, avait émis l'idée que Fannius avait été constitué *cognitor* pour conduire un procès intenté par *legis actio* ; mais la manière dont s'exprime Cicéron contredit cette doctrine, qui est du reste aujourd'hui abandonnée. Cf. en notre sens, Hölder, *K. V. J.*, 24, 1882, p. 21 ; Wlassak, *Cogn.*, p. 54 s. Il s'agit en effet ici, non d'un procès intenté par *legis actio*, mais d'un *judicium*, d'un procès plaidé au moyen d'une formule. Cf. sur le sens du

texte nous donne donc un exemple concret de l'intervention du *cognitor* dans un procès.

Pour pouvoir décrire son rôle, il nous semble indispensable de connaître les circonstances dans lesquelles Roscius constitua C. Fannius Chaerea comme son *cognitor*, ainsi que les événements qui précédèrent le procès au cours duquel Cicéron prêta son assistance à Roscius⁽¹⁾. Nous tracerons en premier lieu un rapide exposé du procès. Nous indiquerons ensuite quels renseignements nous fournit le *Pro Roscio* quant au *cognitor*, et nous verrons que déjà à cette époque les traits essentiels de l'institution sont formés.

1. — Roscius avait, avec C. Fannius Chaerea, le demandeur au procès actuel, formé une société portant sur l'esclave Panurge. L'apport de l'un consistait dans la propriété de l'esclave, l'autre avait formé Panurge au métier d'acteur⁽²⁾. Et le but de la société était l'exploitation des talents de Panurge⁽³⁾. Or il advint que l'esclave fut tué par un certain Flavius de Turquinies⁽⁴⁾. Les deux associés, s'appuyant sur le premier chef de la loi Aquilia⁽⁵⁾, intentèrent alors suivant la procédure par formules, une action en réparation de ce dommage causé injustement. Dans ce procès, Fannius fut constitué

mot *judicium* : Heumann-Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*, 1907, v^o *Judicium*; Wlassak, *R. P. G.*, 1, pp. 18-57, 72-85, suivi par Girard, *Manuel*⁴, p. 1009, n. 5; Kübler, *Ueber die Bedeutung von Judicium und Formula bei Cicero*, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 137-181; Duquesne, *T. J.*, p. 30.

(1) Nous ferons d'ailleurs observer que l'analyse du plaidoyer ne peut être qu'incomplète, car le début et la fin du *Pro Roscio* manquent dans les mss. De là vient que les interprètes discutent sur le fondement de l'action intentée par Fannius. Les lacunes des mss. laissent en effet certains points obscurs. Et il est assez délicat de les reconstituer exactement, car Cicéron, en avocat habile, a dû certes appuyer sur les obligations de son adversaire, tandis qu'il s'est efforcé de cacher celles de son client, ce qui l'amène à embrouiller quelquefois les faits à dessein.

(2) *Pro Roscio*, 10, 27 et 28.

(3) *Pro Roscio*, 10, 28 et 29; 11, 31.

(4) *Pro Roscio*, 11, 32.

(5) *Pro Roscio*, 11, 32.

par Roscius son *cognitor*, en sorte qu'il intenta le procès tant pour le compte de Roscius qu'en son nom propre (1). Sur ces entrefaites, après la *litis contestatio*, Roscius commit la démarche imprudente de conclure une transaction avec Flavius, qui, en échange de son désistement, lui transféra la propriété

(1) *Pro Roscio*, 11, 32; 13, 38; 54. Ce procès, mais envisagé uniquement entre Flavius et Fannius, est de même cité au c. 12, 35 : « *Quid ita Flavio sibi cavere non venit in mentem? Nesciebat videlicet Panurgum fuisse in societate? Sciebat. Nesciebat Fannium Roscio esse socium? Praeclare; nam iste cum eo litem contestatam habebat* ». Malgré l'opinion divergente et du reste inadmissible d'Eisele, *Cogn.*, p. 24, p. 248, qui rapporte le *cum eo* à Roscius, il faut penser que *iste* désigne Fannius et *eo* Flavius : cela est imposé par le sens du contexte et la construction de la phrase : en ce sens, Hölder, *K. V. J.*, 24, 1882, p. 19; Fierich, *Zeitschrift* de Grünhut, 9, 1882, p. 611; Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, p. 153. Mais il est plus délicat de décider si Fannius avait intenté séparément l'action de la loi Aquilia et déjà fait la *litis contestatio suo nomine* et pour sa part, quand Roscius l'a constitué *cognitor* pour intenter en ce qui le concernait l'action *damni injuria dati* (en ce sens, Wlassak, *op. cit.*, pp. 54-55), ou bien si, ayant été constitué *cognitor* avant d'intenter le procès pour son compte, il a lié le procès à la fois pour l'un et pour l'autre. La première opinion peut s'appuyer sur le c. 18, 54 : « *Quodsi quisquam petere potest alteri, qui cognitor non est factus, quaero, quid ita, cum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flavio damni injuria esset, tu (Fannius) in eam litem cognitor Rosci sis factus, cum praesertim ex tua oratione, quodcumque tibi peteres, huic peteres, quodcumque tibi exigeres, id in societatem recideret* ». Il semble en effet à première vue que Fannius a été constitué *cognitor lite contestata*, de sorte qu'il y aurait une contradiction entre ce passage et le c. 11, 32. Cette contradiction n'existerait pas dans l'opinion de M. Wlassak, pour qui l'action, dont il est parlé au début de la phrase dans la proposition *lis contestata cum Flavio damni injuria esset*, est celle intentée par Fannius en son propre nom contre Flavius. Mais alors cette action est différente de celle qui est indiquée dans les mots *in eam litem cognitor Rosci sis factus* et qui vise l'action *damni injuria dati* intentée contre Flavius par Roscius au moyen de Fannius comme *cognitor*. Or, quoi qu'en dise M. Wlassak, les mots « *eam litem* » constituent, d'après la tournure de la phrase, un renvoi au *lis contestata* de la proposition précédente. Peut-être y a-t-il là une impropriété de termes ou une imprécision voulue de la part de Cicéron dont l'argumentation à cet endroit est flottante. A notre avis, la question reste indécise.

d'un fonds de terre (1). Cela avait lieu en 673/81, au moment des proscriptions de Sylla, quinze années avant le procès actuel(2). Puis douze ans se passèrent. Tandis que Fannius n'avait toujours rien obtenu, le fonds de terre acquis par Roscius à un moment de crise avait augmenté de valeur, et il devait alors être déjà estimé fort cher, puisque trois ans plus tard, en 688/66, il sera évalué à 600.000 sesterces(3). De là vient qu'à ce moment, en 685, Fannius jaloux se tourna contre Roscius et fit avec lui un compromis par lequel il prenait comme arbitre C. Pison(4). A notre avis, la question posée à l'arbitre dut être la suivante : Roscius a-t-il transigé pour lui ou au nom de la société, et même au cas où il aurait transigé pour lui seul, ce qu'il a reçu ne devient-il pas le bien commun de la société, auquel cas il devrait partager avec Fannius ? Sur ces entrefaites, Fannius abandonna la plainte(5). Et, sur les instances de Pison, intervint entre Fannius et Roscius une transaction, résultat de l'arbitrage(6). Fannius

(1) *Pro Roscio*, 11, 32; 12, 33, 34, 35, 36 : « *Utrum Roscius cum Flavio de sua parte...fecerit pactionem* ».

(2) *Pro Roscio*, 13, 37 : « *Roscium cum Flavio...decidisse. Quo tempore? Abhinc annis XV* ».

(3) *Pro Roscio*, 11, 32; d'après une note de Mommsen, *Hermes*, 20, 1885, p. 317, il faut maintenant, au lieu de 400.000 sesterces, lire 600.000 sesterces, en raison de l'existence dans le ms. d'un signe ∞ non compté jusqu'alors, et que l'on peut traduire par *quingenta milia*, de telle façon que joint à HSCCICICIC, on aboutit à la somme de 600.000 sesterces. — La comparaison de ce chiffre qui représente le gain de Roscius, avec celui de la somme promise par Roscius à Fannius après l'arbitrage de Pison serait un argument très puissant qui dénote que la promesse de Roscius serait due à sa libéralité.

(4) *Pro Roscio*, 4, 12 et 13; 9, 25 et 26. Il s'agit, croyons-nous, d'un arbitrage extrajudiciaire. Entre Roscius et Fannius serait intervenu un compromis, et Pison aurait été choisi par eux à titre d'*arbiter sumptus ex compromisso*. C'est une institution assez employée au temps de Cicéron. Cf. Pflueger, *op. cit.*, p. 115-129.

(5) *Pro Roscio*, 9, 26.

(6) *Pro Roscio*, 13, 37 et 38. C'est de cet accord dont parle Cicéron au c. 9, 26, en employant le terme *pactio*. Il est, à notre avis, le résultat de

renonçait aux droits qu'il pouvait avoir contre Roscius *ex societate*, moyennant la promesse d'une somme de 100.000 sesterces que Roscius s'engageait à lui verser pour la peine qu'il s'était donnée comme *cognitor* dans le procès intenté contre Flavius, à condition de recevoir la moitié de l'indemnité qu'il retirerait éventuellement de Flavius⁽¹⁾. C'est à la suite de cet accord que Fannius promet à Roscius par stipulation de lui payer la moitié de ce qu'il obtiendrait de Flavius⁽²⁾.

Mais alors Fannius porta, comme *expensum*, cette somme de 100.000 sesterces, non sur son *codex*, dit Cicéron, mais simplement sur ses *adversaria* où elle demeura consignée pendant trois ans⁽³⁾. Pour notre part, il nous semble, malgré

l'*arbitrium* de Pison, aussi est-ce à tort que Cicéron, au c. 4, 12, indique la somme promise dans cet arrangement comme l'objet de l'*arbitrium* : en ce sens, Pflueger, *op. cit.*, p. 122.

(1) *Pro Roscio*, 13, 38. — Il ne nous semble pas que Roscius se soit engagé envers Fannius par un contrat verbal. Car Cicéron ne traite de la stipulation que très brièvement, c. 4, 13. La *repromissio* de Fannius, c. 13, 39, n'implique pas une *promissio* antérieure par stipulation de Roscius, et l'expression « *ex liberalitate promissa (pecunia)* » n'est pas prise dans un sens technique. Le seul mot pouvant prêter à équivoque serait le terme « *restipulatio* », qui impliquerait une stipulation précédente; or il n'en est même rien; il suffit d'observer le langage de Cicéron, au c. 13, 36 : « *Cur igitur decidit, et non restipulatur...* ». La convention conclue entre Roscius et Fannius est un pacte de transaction, opération qui rentrera dans ce que l'on appellera plus tard une combinaison *facio ut des*, et l'on peut invoquer en ce sens la manière même dont s'exprime Cicéron au c. 9, 26 : « *Pactionem enim, inquit (Fannius), mecum fecerat (Roscius)* ». La promesse de Roscius est une promesse par pacte. Cf. Duquesne, *loc. cit.*, p. 215.

(2) *Pro Roscio*, 13, 37 : « *Restipulatio* ». Il s'agit ici d'une promesse par stipulation, qui est appelée, si l'on se place au point de vue de Fannius; « *Repromissio Fanni* » (c. 13, 39), et à celui de Roscius : « *Stipulatio Rosci* » (c. 14, 41).

(3) *Pro Roscio*, 1, 4. D'après Cicéron, les 100.000 sesterces n'auraient pas été mentionnés sur le *codex* de Fannius, mais seraient demeurés inscrits sur ses *adversaria* (c. 2, 5), et au c. 3, 8 et 9, déclare-t-il, ils y sont « *amplius triennium* ». Au reste, il est à remarquer que les mentions faites chaque jour sur les *adversaria* n'étaient reportées sur le *codex* qu'à la fin de chaque mois. Peut-être les inscriptions des *adversaria* pouvaient-elles valoir quelque temps comme contrat *litteris*. Cf. Duquesne, *loc. cit.*, p. 215.

les affirmations de Cicéron, qui sont plutôt les explications d'un avocat habile et désireux d'atténuer les obligations de son client, que la promesse faite par Roscius dans sa transaction avec Flavius fut transformée en obligation littérale par un contrat *litteris*, resté peut-être imparfait, qu'elle devint ainsi pure et simple et donna naissance à une action de droit strict⁽¹⁾.

(1) La question de savoir quel est le fondement de l'action intentée par Fannius est très discutée entre les interprètes, et il est difficile de la résoudre avec certitude, puisque le plaidoyer nous est parvenu incomplet. — Il ne peut s'agir, à notre avis, d'une stipulation intervenue entre Roscius et Fannius, comme le pense Pflueger, *op. cit.*, *passim* : le procès eût été facilement dénoué en faveur de Roscius; la condition étant insérée dans ce contrat et formant bloc avec lui, il suffisait, pour l'acquiescement de Roscius, de prouver que Fannius avait reçu 400.000 sesterces de Flavius. — On peut surtout (cf. Duquesne, *loc. cit.*, p. 215) songer à un contrat littéral qui aurait transformé en obligation littérale la promesse de Roscius contenue dans la convention « *pactio* » conclue entre Roscius et Fannius et considérée par celui-ci comme l'acte de liquidation de la société, et lui aurait donné force obligatoire, qui en même temps aurait rendu pure et simple la promesse de Roscius, affectée dans la transaction d'une condition (*Frag. Vat.*, 329, cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 470, n. 5). (Cf. dans Girard, *Manuel*⁴, p. 496, et Cuq, *Inst. jur.*, t. 1^{er}, pp. 672-673, les arguments de textes (Cicéron, *Ad Attic.*, 4, 18 : « *Haec pactio, non verbis, sed nominibus et perscriptionibus, multorum tabulis, cum esse facta diceretur...* » et surtout de raison, en vertu desquels une *transcriptio a re in personam* pourrait être faite, non seulement pour remplacer une obligation née de la société, par exemple (Gaius, 3, 129), mais même pour transformer un simple pacte en contrat. Toutefois, il ne faut pas invoquer en ce sens un texte de Valère-Maxime, 8, 2, 2 : « *C. Visellius Varro... trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensi... expensa ferri sibi passus est eo consilio ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret..., libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate... Quae offensa... ex amica obsequenti subito destrictam feneratoricem agere cepit, nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat... C. Aquilius... iudex... mulierem reppulit.* » (Cf. sur ce texte Mitteis, *Z. S. St.*, 19, 1898, pp. 259-260). En l'espèce, il faut attirer l'attention sur le mot « *stipulatione* » inséré à la fin de ce texte. En l'espèce, le fondement de l'action de droit strict intentée par Otacilia Laterensis contre Visellius Varro était un prêt incorporé dans un contrat verbal selon l'usage (cf. Girard, *Manuel*⁴,

Par la suite, Roscius paya à Fannius la moitié de la somme

p. 501). Otacilia Laterensis, avec le consentement de Visellius Varro avait inscrit sur son *codex* à la colonne des dépenses une sortie de numéraire — fictive à la vérité — faite à titre de prêt consenti au prétendu débiteur. Il y avait là un *nomen arcarium*. Dans ces conditions, la situation de Visellius Varro était très dangereuse. Néanmoins, il fut absous par G. Aquilius. Peut-être y a-t-il eu ici une des premières applications de l'exception de dol, employée en cette circonstance : cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 501). Cette conjecture expliquerait à merveille que la position de Roscius soit, en droit, assez critique : il est débiteur pur et simple en vertu d'un contrat formel, et il est tenu par une action de droit strict. S'il en est ainsi, on conçoit que l'avocat s'attache à prouver, d'abord qu'il n'y a pas de contrat littéral formé, et qu'ensuite la promesse, telle qu'elle a été faite, ne peut être invoquée contre son client. Or il est curieux de noter que les fragments que nous possédons de la plaidoirie de Cicéron ont été écrits sur un plan analogue. Cette conjecture s'accorderait assez bien avec le texte conservé. La discussion du premier point serait traitée très largement, Cicéron rapprochant du contrat littéral les autres cas qui peuvent donner lieu à une *condictio*. Mais c'est sur le contrat littéral qu'il insiste particulièrement, et, d'autre part, il ne peut être question d'un *nomen arcarium*, puisqu'il n'y a pas eu de prêt (c. 5, 14). Il s'agit plutôt d'une *transcriptio a re in personam*, faite sur le *jussus* du débiteur (c. 1, 2). L'étude de la deuxième question devait amener Cicéron à faire l'historique du procès et à décrire les événements qui avaient précédé la formation de ce contrat. — En dehors de cette conjecture, une autre proposée par M. Kübler, *loc. cit.*, pp. 668-669, nous paraîtrait seule vraisemblable. D'après cet auteur, l'inscription des 100.000 sesterces par Fannius sur ses *adversaria* (d'après Cicéron), n'est qu'un simple moyen de preuve à l'appui de sa demande; le vrai fondement de l'action est tout différent : l'action est intentée à raison d'un enrichissement frauduleux ou sans cause dont s'est rendu coupable Roscius en conservant pour lui seul, au mépris des règles sur le contrat de société, le produit de sa transaction avec Flavius. La *condictio* intentée par Fannius serait la *condictio furtiva*, tout au moins une *condictio née re*. Cette opinion aurait le mérite de se concilier fort bien avec les affirmations de Cicéron aux c. 1, 1, 2, 3, 4 et 2, 5, 6, 7, d'expliquer les mots « *fraudasse socium, fraus, furtum rei communis* », dont l'avocat de Fannius qualifie Roscius, c. 6, 17 et 19; 9, 25 et 26; 10, 27, et de s'harmoniser avec d'autres affirmations de Cicéron au c. 4, 12; comme encore de justifier le chiffre de la valeur à laquelle l'avocat estime Panurge, c. 10, 27, 28, 29. Cependant cette opinion n'est pas à l'abri de quelques critiques : rien ne prouve que Roscius ne peut garder pour lui le produit de sa transaction avec Flavius. Les mots *furtum rei communis, fraus*, s'expliquent tout

promise, soit 50.000 sesterces ⁽¹⁾, et Fannius reçut de Flavius à qui il avait intenté un procès devant le *judex* C. Cluvius une somme de 100.000 sesterces ⁽²⁾. On aurait pu croire que les deux anciens associés, étant satisfaits, n'avaient plus ensemble aucun rapport d'intérêt : c'est ce que pensa Roscius et c'est pourquoi il refusa de payer à Fannius le reliquat de la somme qu'il avait promise, soit 50.000 sesterces. Fannius intenta alors une action de droit strict pour obtenir le paiement des 50.000 sesterces, la *condictio certae pecuniae* ⁽³⁾.

Cicéron divisa la plaidoirie qu'il pronouça à cette occasion, et qui malheureusement ne nous est parvenue que mutilée, en deux parties : dans la première, il énuméra les diverses raisons en vertu desquelles la *condictio* pouvait, à son avis, être intentée, à savoir une *stipulatio*, une *expensilatio*, ou une *numeratio*, et il essaya plus particulièrement de démontrer que

aussi bien si on les rapporte à la *actio* faite par Roscius à l'issue de l'arbitrage de Pison et que Fannius dans son système d'accusation considère comme l'acte de liquidation de la société, la somme promise l'étant pour lui à titre de dette, non à titre de libéralité, comme le prétend son adversaire. D'autre part, s'il est vrai que le fondement de l'action soit une des bases que Cicéron déclare être celles de la *condictio* (*condictio née re*), le juriconsulte aurait-il, au cas où la conjecture de M. Kübler serait exacte, développé la première partie de son plaidoyer comme il l'a fait ? Comment concevoir que l'avocat prétende que la première partie est capitale, s'il ne s'agit que d'une question de preuve ? Enfin, il est à remarquer que les 100.000 sesterces dont la moitié est réclamée actuellement par Fannius, ont été inscrits sur ses *adversaria amplius triennium* (c. 3, 8 et 9). Or la transaction de Roscius et de Fannius a eu lieu *abhinc triennium* (c. 13, 37). N'est-il pas permis d'en conclure que la créance de 50.000 sesterces que réclame dans le procès actuel Fannius est précisément la créance de 100.000 sesterces née du pacte et diminuée de la somme déjà payée par Roscius, à savoir 50.000 sesterces, mais rendue obligatoire par un contrat littéral, en sorte que l'obligation est devenue pure et simple ? Ce rapprochement suffit à écarter, ce nous semble, la conjecture fort ingénieuse de M. Kübler.

(1) *Pro Roscio*, 17, 51.

(2) *Pro Roscio*, 14, 41 et suiv.

(3) Il s'agit d'une action de droit strict, l'*actio certae creditae pecuniae* qui est une action abstraite : elle comporte une *sponsio tertiae partis* (c. 4, 10).

Fannius ne pouvait invoquer un contrat littéral. La seconde est consacrée à un historique de l'affaire. Cicéron, dans les chapitres qui nous ont été transmis par les manuscrits, rappelle d'abord quelles furent les relations antérieures de Roscius et de Fannius, et déclare que la promesse faite trois ans auparavant par Roscius à Fannius est empreinte d'un caractère de libéralité, car : 1° Roscius, comme il en avait le droit, a transigé avec Flavius simplement pour sa part ; 2° le produit de la transaction ne tombe pas dans le patrimoine social, puisque la société était éteinte *ex re* par la mort de Panurge, et il n'appartient donc pas à Fannius par moitié⁽¹⁾. Et, du reste, d'après les termes mêmes de la promesse, Roscius est exempt de toute obligation envers Fannius.

2. — Le plaidoyer une fois analysé, il nous faut maintenant indiquer quels renseignements il peut fournir au point de vue juridique.

Important pour l'étude de la *condictio* et pour celle du contrat littéral, le *Pro Roscio Comædo* l'est aussi en ce qui concerne l'histoire de la représentation judiciaire par *cognitor*,

(1) La première affirmation de Cicéron est pleinement prouvée par lui. D'après M. Kübler, il n'en serait pas de même de la seconde. Certes tous les arguments dont se sert Cicéron pour démontrer que le produit de la transaction ne tombe pas dans le patrimoine social ne sont pas probants. Cf. Pflüger, *op. cit.*, pp. 135-136. La transaction de Roscius a eu lieu postérieurement à la dissolution de la société : et c'est, comme l'a fort bien montré Pernice, *Labeo*, 3, 1, 1893, pp. 224-225, même le motif pour lequel Fannius attaquant Roscius n'aurait pu intenter l'action *pro socio*, mais seulement une *condictio née re* : Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 610, n. 2. Or la masse sociale subsiste pendant la liquidation, mais, puisqu'il n'y a plus société, chaque associé ne reprend-il pas sa liberté ? Les textes invoqués en sens contraire par Kübler, *loc. cit.*, p. 670, *D.*, 17, 2, *Pro socio*, 38, *pr.*, 63, 8, 65, 9, ne prouvent rien ; *D.*, *h. t.*, 65, 2 veut simplement dire qu'au cas où la société est dissoute par la mort de l'un des associés, la masse sociale peut subir pendant la liquidation des transformations avantageuses ou désavantageuses qui s'équilibreront. Bien au contraire il existe un texte de Paul, 32 *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 65, 13, d'après lequel toute dépense faite par un associé après la dissolution de la société « *non... communiterve id gestum esse* ». Nous croyons qu'il en est de même pour tout bénéfice réalisé par un associé après la dissolution d'une société éteinte *ex rebus*.

d'autant plus que les documents qui nous sont parvenus sur le *cognitor* appartiennent à une époque postérieure. Le plaidoyer nous donne une application concrète des règles qui régissent la cogniture aux débuts de la procédure formulaire. Il semble bien que les grands traits de l'institution soient dès lors formés.

Ce qu'il importe tout d'abord de remarquer, c'est l'extension du domaine d'application de la cogniture. Tandis que le *cognitor*, sous les Actions de la loi, n'avait pu être constitué que par certaines catégories de personnes, les vieillards et les malades, il semble ici pouvoir être constitué par toute personne. Le plaidoyer fait connaître simplement que Roscius a constitué Fannius pour son *cognitor* dans un procès. Or rien n'implique que Roscius soit un vieillard ou ait été malade. Le texte donne au contraire l'impression qu'il n'est pas besoin d'une condition spéciale pour pouvoir constituer un *cognitor*; s'il en était autrement, il l'eût indiqué. Le champ d'application de la cogniture est donc plus étendu à notre époque que primitivement. Il n'y a rien là qui puisse nous étonner. La nécessité de satisfaire aux besoins pratiques poussait en effet à l'établissement de la représentation judiciaire, et l'introduction de la procédure formulaire ne pouvait que favoriser cette tendance par son atténuation du formalisme, cause première de l'exclusion de la représentation en justice.

Cette faculté de constituer *cognitor* est au surplus accordée au demandeur, comme au défendeur : en l'espèce, Roscius était demandeur, puisqu'il intentait le *judicium damni injuria dati* contre Flavius. *A fortiori*, un défendeur pouvait-il aussi se faire remplacer par un *cognitor*.

Mais n'y avait-il pas dès lors quelques incapacités de constituer *cognitor*? Il est curieux de noter que Roscius était un comédien. Or, à l'époque de Cicéron, l'infamie s'attachait au métier d'acteur (1), et le préteur interdisait, déjà au temps de

(1) Tite-Live, 7, 2, 12. Val. Max., 2, 4, 4, *extr.* Cf. Pernice, *Labeo*, 1, p. 243, n. 12.

Labéon, de *postulare nisi pro certis personis*, aux personnes qui paraissaient sur la scène (1). Pourtant, dans l'espèce, Roscius a constitué valablement Fannius pour son *cognitor* (2), car l'adversaire n'a pas songé à faire insérer dans la formule une *exceptio cognitoria*. A moins de supposer qu'il y ait eu de sa part un oubli, chose bien étonnante, il est permis de penser que Flavius ne pouvait opposer cette exception, qui, vérifiée, eût fait perdre son procès à Roscius; comment aurait-il négligé *in jure* un tel moyen de défense? Au contraire, il reconnaissait le bien fondé de la plainte de Roscius tant en la forme qu'au fond, en transigeant avec lui après la *litis contestatio*. C'est donc qu'au temps de Cicéron, il n'y avait pas identification des cas où il était interdit de *postulare pro alio* et de ceux où l'on ne pouvait *dare cognitorem*. On peut même en douter pour une époque postérieure. Ce n'est pas toutefois que les questions de représentation ne se posent dans la procédure vers la fin de la République. On peut le déduire de certains textes, bien qu'à la vérité le style juridique de Cicéron ou d'autres rhéteurs contemporains soit fort imprécis. Cicéron déclare qu'il faut examiner si « *is agit quem oportet aut cum eo quicum oportet* », ajoutant que *praetoris exceptionibus multae excludentur actiones, et ita jus civile habemus constitutum ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit* (3) »? Il est naturel que le préteur puisse examiner *in jure* diverses questions de ce genre, puisque « *ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio* (4) ». Certaines personnes seraient donc, au temps de Cicéron, empêchées d'être *cognitores* ou d'en avoir un.

(1) D., 3, 2, *De his qui not. inf.*, 2, 5.

(2) Cf. Keller-Wach, *R. C. P.*, § 54, p. 276, n. 640. *Contrà*, Savigny, *S. D. R.*, 2, p. 219; Karlowa, *Z. G. R.*, 9, 1870, p. 223, n. 34; Debray, *op. cit.*, p. 28 et p. 112. Le préteur n'avait pas ici à intervenir administrativement, puisque la dignité du tribunal n'était pas en jeu.

(3) Cicéron, *De invent.*, 2, 19, 57. Cf. Pissard, *Les questions préjudicielles en droit romain*, Paris, 1908, p. 38, n. 2.

(4) Cicéron, *Partitiones orat.*, 28, 99.

L'intervention du *cognitor* dans la procédure aux lieu et place du plaideur est nécessairement précédée de la *cognitoris datio*. C'est ce que fait nettement ressortir les *c.* 11, 32, et *c.* 18, 54. Ils contiennent d'ailleurs des renseignements précieux sur la rédaction de la formule de constitution. Celle-ci devait, à ce moment, comme du reste à l'époque de Gaius, contenir des termes sacramentels. De cette *datio cognitoris*, Cicéron cite quelques fragments : « *in hanc rem, inquit, me cognitorem dedisti, te in suam litem dedisset cognitorem* ». C'est donc que le constituant s'exprimait ainsi : « *in hanc rem C. Fannium Chaeream tibi cognitorem do* ». Ces derniers mots formaient la partie essentielle de la formule, pourrait-on dire, en se servant d'une expression commode de Ihering. Mais le texte ne donne aucun renseignement, ni sur le moment, ni sur le lieu où s'accomplissait la *cognitoris datio*. Cependant, en s'appuyant sur les *c.* 11, 32; *c.* 13, 38; *c.* 18, 54, on peut affirmer que la constitution du *cognitor* Fannius s'est réalisée bien avant la *litis contestatio* (1). Car Cicéron déclare à plusieurs reprises que le rôle essentiel de Fannius était de lier le procès pour le compte de Roscius; et il semble bien que le *cognitor* ait comparu plusieurs fois *in jure* devant le préteur. Peut-être même Fannius a-t-il été constitué avant la phase *in jure* pour la conduite de tout le procès.

La formule de la *datio cognitoris* indique nettement quel doit être le rôle du représentant. Les mots « *te in suam litem dedisset cognitorem* » prouvent à l'évidence que le *cognitor* a qualité pour agir à la place du représenté et diriger la procédure *in jure* et *in judicio*.

Sa mission est d'abord « *quod obisset vadimonia* (2) ». Le

(1) M. Eisele, *Cogn.*, p. 25 et *Z. S. St.*, 5, pp. 195-196, croyait pouvoir aboutir, en s'appuyant sur le *Pro Roscio*, *c.* 18, 54, à une conclusion contraire. MM. Hölder, *K. V. J.*, 24, 1882, p. 20, et Fierich, *Zeitschrift* de Grünhut, 9, 1882, p. 611, se sont élevés avec raison contre cette manière de voir qui est contredite par le *c.* 18, 53, où se trouvent opposés celui *qui per se litem contestatur* et celui *qui cognitor est datus*, et par le *c.* 13, 38, Adde Wlassak, *Cog.*, pp. 54-55.

(2) Cf. Paul Diacre, 117, 12 : « *Vadimonium obisse id est ad vadimonium isse* ».

texte ne dit pas si c'est la partie ou son représentant qui a promis le *vadimonium*. Nous savons seulement que le représentant comparait devant le prêteur, et que, l'affaire étant complexe, il se présente plusieurs fois *in jure* à des jours fixés dans la promesse du *vadimonium*.

Mais son rôle capital va être de lier le procès pour le compte de l'intéressé, de faire *litis contestatio alieno nomine* ⁽¹⁾. Cicéron y fait une allusion évidente au c. 11, 32, et surtout au c. 18, 33, dans un passage qui a peut-être été trop étudié en lui-même, sans être rattaché aux développements qui précèdent ⁽²⁾;

« *Quid interest inter eum, qui per se litigat, et eum qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane vero? Cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio, ferres tuum; [cum] suo nomine petiit, quod abstulit, sibi [tibi], non tibi [sibi] exegit* ⁽³⁾ [?].

Dans ce texte, Cicéron dessine une opposition très nette entre le représentant et l'intéressé. Il insiste sur ce qui forme, à son avis, la fonction principale du représentant judiciaire, et, pour donner plus de force à l'idée, il l'exprime en différents termes de sens identique.

Sans insister sur certaines conséquences particulières que l'on peut tirer de ce passage ⁽⁴⁾, il est à remarquer que d'après ce

(1) En ce sens, Hölder, *loc. cit.*, p. 20; Fierich, *loc. cit.*, p. 611; Lenel, *Z. S. St.*, 4, p. 133.

(2) Il est à remarquer que dans son raisonnement Cicéron joue sur les sens du mot *petere* qui peut s'entendre soit d'une demande extrajudiciaire, soit d'une poursuite en justice. C'est dans le premier sens qu'il est employé au c. 17, 52 et 53, il est question du second dans le c. 18, 53 et 54. Cicéron essaie de prouver que Roscius a demandé pour lui seul dans la transaction, puisque, d'une part, il n'était pas constitué *cognitor*, et que, d'autre part, il n'a pas eu à fournir une caution *de rato*, comme y est obligée toute personne qui se présente pour autrui sans avoir la qualité de *cognitor*.

(3) Les mots entre parenthèses contiennent la leçon donnée par C. F. W. Müller (*Adnot. crit.*, p. xxvi) dans son édition du *Pro Roscio* de la collection Teubner. Elle nous semble justifiée.

(4) Certains auteurs (en ce sens, Voigt, *R. R. G.*, 1, p. 284, n. 18) ont

texte, le *cognitor* dirigeait toute la procédure à la place du représenté, et que la formule lui était délivrée. C'était par rapport à lui qu'était tranché le procès.

Mais le profit de l'action était en définitive pour le représenté. C'est le renseignement que nous fournit le c. 18, 53, dont on peut rapprocher le c. 18, 54 : « *Quod si ad Roscium nihil perveniret, quod tu a Flavio abstulisses nisi te in suam litem dedisset cognitorem* ». Le demandeur pourra porter à son compte le montant d'un jugement de condamnation. Et cela est tout à fait légitime. Toutefois il est permis de se demander comment on parvenait à ce résultat. Quel était le mécanisme technique de l'exécution ? L'action *judicati* appartenait-elle au *dominus*, ou bien n'était-elle pas plutôt intentée par le *cognitor*, et le *dominus* n'obtenait-il le bénéfice de l'affaire qu'après recours contre le *cognitor* ? La seconde hypothèse nous semble plus plausible ; quant au texte lui-même, il ne nous renseigne pas sur cette question.

Mais le rôle du *cognitor* est restreint à la conduite de la procédure. Ainsi, si le procès n'a pas été poursuivi jusqu'au moment où le juge rendra sa *sententia* et qu'un accord intervienne entre les parties, le droit de conclure la transaction est reconnu, non au *cognitor*, mais au *dominus*. C'est ce que nous apprend un passage du *Pro Roscio*, le c. 11, 32 : « *In hanc rem, inquit*

on déduire de ce passage qu'au temps de Cicéron le *cognitor* existait seul en tant que représentant du demandeur. Il importe toutefois de faire remarquer qu'il s'agit seulement dans ce texte d'une opposition entre le représentant et le *dominus* (en ce sens, Huschke, *Z. G. R. W.*, 14, 1848, p. 67, n. 26 ; Pernice, *Labeo*, 1, p. 500 ; Eisele, *Cogn.*, pp. 36-37). Mais l'argument tiré du c. 18, 54, est plus spécieux. Ce texte donne tout au moins l'impression, d'une part, qu'une personne sans mandat ne pouvait se présenter pour le demandeur, et d'autre part, qu'un *procurator* n'était pas, dans la pratique, investi d'un mandat spécial *ad litem*. Au reste, à l'époque de Cicéron, le *procurator* apparaît dans les sources comme un administrateur général des biens d'un absent, s'occupant des procès comme de tous autres actes de gestion : cette qualité explique qu'il joue habituellement le rôle de défendeur. V. Cicéron, *Pro Caecina*, 20, 57. Cf. Girard, *Manuel* 4, p. 1020, n. 2.

(*Fannius*), *me cognitorem dedisti. Litis contestata... tu (Roscius) sine me cum Flavio decidisti* ». Un autre témoignage nous est encore fourni par le c. 18, 55 : « *Cum de sua parte Roscius transegit cum Flavio, actionem tibi tuam reliquit, an non* » ? En l'espèce, le *dominus*, après s'être fait représenter en justice, transige lui-même avec l'adversaire, au moment où le *cognitor* a déjà fait *litis contestatio* et assumé la charge du procès. Un tel acte est-il possible ? La réponse donnée par les sources est affirmative (1). Fannius en effet ne conteste d'aucune façon le droit qu'avait Roscius de transiger avec Flavius *litis contestata* : c'est donc que Roscius a conclu cette transaction à juste titre, sans pouvoir en être empêché par la présence de son *cognitor* Fannius.

Cette faculté pour le *dominus* de transiger avec l'adversaire se conçoit aisément, si l'instance n'est pas liée, puisque le maître peut révoquer le *cognitor* à son gré, et qu'il est certainement alors titulaire du droit. Mais, après la *litis contestatio*, le *cognitor* est devenu, par le mécanisme de la formule, sujet de l'action. Or, si le *dominus* a transigé avec le défendeur, il est d'évidence qu'il va intervenir dans l'instance, de façon que le *cognitor* ne poursuive plus le procès. Et de fait, c'est ce qui s'est produit ici : Fannius a abandonné l'instance qu'il avait liée *cognitorio nomine* avec Flavius pour le compte de Roscius.

Cependant la faculté reconnue au maître de l'affaire de conclure une transaction avec l'adversaire, ou, ce qui revient au même, de recevoir un paiement, même après la *litis contestatio* faite par son *cognitor*, s'explique fort bien, si l'on remarque que le *cognitor* est un simple directeur de la procédure (2). D'après les termes mêmes de la *datio cognitoris*, le

(1) *Contra*, mais à tort, Eisele, *Cogn.*, p. 105. Cf. en notre sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 132, n. 3.

(2) Cf. en ce sens Eisele, *Cogn.*, p. 89; Koschaker, *op. cit.*, p. 131, pour qui le *cognitor* est un simple « Processführer ». Si le *procurator* est un « Geschäftsführer », c'est précisément à cause de son origine. — Un appui très précieux est apporté à cette opinion par le texte d'Isidore de Séville,

cognitor est constitué *in eam rem, in eam litem*. Sa mission est simplement de conduire la procédure. Il en résulte qu'il ne possède que des droits restreints, et que l'exercice d'actes, qui dépassent son rôle et qui ne rentrent pas dans la conduite du procès, lui est fermé. De là vient que le *dominus* a conservé la faculté de conclure une transaction, par exemple.

Reste un dernier problème à étudier. Il concerne les rapports du maître et de son *cognitor*. Roscius, dans la transaction, qu'il a conclue avec Fannius sur les instances de Pison, s'est engagé à donner à son *cognitor* 100.000 sesterces « *pro opera ac labore quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset* » (c. 13, 38) ⁽¹⁾, et, ailleurs, au c. 6, 16, il est fait allusion à cette promesse : « *Pecuniam petis, Fanni, a Roscio... Utrum quae tibi ex societate debeatur, an quae ex liberalitate hujus promissa sit et ostentata* » ? D'après Cicéron, la somme promise par Roscius n'a pas pour but d'éteindre les droits que Fannius pouvait invoquer contre lui *ex societate*, et l'accord conclu n'est pas l'acte de liquidation de la société. Roscius ne donne les 100.000 sesterces à Fannius qu'à titre d'honoraires, pour ses fonctions de *cognitor*, et il le fait *ex liberalitate* : c'est un cadeau.

Mais, dès lors, il en résulte, croyons-nous, que la fonction de *cognitor* est une charge gratuite et que le représentant ne peut exiger une rémunération pour ses soins. Y a-t-il eu là une application de la loi Cincia de 550/204, qui défendait aux

mort en 636, *Differ.*, 1, 18, 123 (Migne, *Patrol., lat.*, t. 83, p. 23), qui a sans doute puisé son renseignement à une ancienne source, car au Bas-Empire, il y a des *procuratores* spécialement pour les procès : « *Item cognitor adversus eum solum modo lite contendit, adversus quem ad agendum constitutus est, procurator vero adversus omnes. Item cognitor liti tantum dari solet, id est judicii expediendi gratia, procurator vero et res omnes administrat* ».

(1) Il est à remarquer que Papinien, 3 *Resp.*, D., 17, 1, *Mand.*, 7, dira de même que le *salarium* promis par le *dominus* à son *procurator* est destiné à rémunérer son *labor*. Cf. pour notre question Erman, *La restitution des frais du procès en droit romain* (*Recueil inaugural de Lausanne*, 1892, p. 107).

avocats de recevoir des présents en rémunération de leurs plaidoiries⁽¹⁾, les dispositions de cette loi ont-elles été étendues à tout le personnel judiciaire ? Nous ne le savons pas. Le passage de Cicéron prouve en tout cas que cette loi, si jamais elle a reçu application en notre matière, a été dans la pratique mal observée, car l'avocat ne met pas en question la validité de la promesse, il se contente simplement de remarquer que c'est le résultat d'une libéralité, non le paiement d'une dette. Et il ne se serait pas, d'autre part, exprimé ainsi, s'il s'était agi du remboursement des impenses faites par le *cognitor*.

La raison pour laquelle Cicéron qualifie de *liberalitas* la somme d'argent promise par Roscius à son *cognitor* est, selon nous, très facile à donner : il suffit de voir alors dans la cognition un service faisant l'objet d'un mandat. C'est qu'en effet le mandat doit être accompli gratuitement. Le mandataire ne peut convenir d'avance d'une rémunération et encore moins l'exiger judiciairement. Il a seulement le droit de réclamer une indemnité pour ses dépenses. Mais dans la pratique il était sans doute fréquent que le mandant allouât à son mandataire des honoraires, en plus du paiement de ses déboursés⁽²⁾.

Sans qu'on puisse rien affirmer, il est possible que, dès le temps de Cicéron, un rapport de mandat ait souvent existé dans la pratique entre le *dominus* et le *cognitor*. D'autant plus que le préteur sanctionne déjà le mandat au milieu du VII^e siècle⁽³⁾, et que cette opération est citée par Q. Mucius Scævola, mort en 672, dans son énumération des contrats de bonne foi⁽⁴⁾.

(1) Cf. en dernier lieu sur la loi Cincia, Senn, *Leges perfectae*, 1902, pp. 17-47.

(2) Cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 582-583.

(3) *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19. Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 580, n. 4.

(4) Cicéron, *De off.*, 3, 17, 70.

CHAPITRE III

LES RÉFORMES ACCOMPLIES DANS LA COGNITURE PAR LE PRÊTEUR ET LA JURISPRUDENCE DE LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE ET DU 1^{er} SIÈCLE DE L'EMPIRE

Vers la fin de la République et au début de l'Empire, le *cognitor* est dans la pratique le représentant volontaire en justice par excellence. Car on ne peut dire alors du *procurator* qu'il soit à proprement parler un mandataire *ad litem*. Les prudents discuteront même au début du II^e siècle la question de savoir si la personne chargée d'un mandat spécial, d'un mandat judiciaire par exemple, est véritablement un *procurator* (1).

La cogniture est donc une institution employée fréquemment. Il en résulte dès lors que le préteur et la jurisprudence vont s'occuper de cette matière et que la cogniture sera perfectionnée et assouplie. Or le besoin s'en faisait sentir à plusieurs points de vue, et, sans parler même de mesures à prendre sous ce rapport contre les indignes, particulièrement sur deux points. Car, d'une part, la *datio cognitoris*, simple déclaration adressée à l'adversaire, ne crée aucun lien entre le *cognitor* et le *dominus*, pas plus d'ailleurs qu'entre le *cognitor* et l'adversaire; et, d'autre part, il semble bien que le *cognitor* devienne, grâce au mécanisme de la formule, sujet de l'action.

(1) Pomponius, 24 *ad ed.*, cité par Ulpien, D., 3, 3, 1, 1 (Lenel, *Pal.*, Pomponius, 25; Ulpien, 320) indique une controverse qui avait lieu sur le point de savoir si le mandataire *unius rei* était un *procurator*.

Il y avait là des inconvénients qu'il était nécessaire d'atténuer ou de supprimer pour rendre la représentation en justice par *cognitor* d'un emploi plus aisé. Ce fut l'œuvre du prêteur et de la jurisprudence créatrice de cette époque.

Nous exposerons en premier lieu comment la pratique adapta au nom de mandat à la cognitione. En second lieu, nous étudierons les divers édits, relatifs au *cognitor*, qui furent rendus par le prêteur pour perfectionner la procédure. Nous examinerons en troisième lieu comment un jugement rendu au nom du représentant put être, grâce à la jurisprudence, exécuté sur la personne même du représenté. Il nous restera enfin à montrer de quelle manière fut élargie la fonction économique de la cognitione.

I. — C'est à la question même de la constitution du *cognitor* que se rapporte une des réformes accomplies le plus anciennement dans la matière de la cognitione, et qui fut d'introduire l'idée de mandat à la base des rapports entre le *dominus* et son *cognitor*. Ce progrès fut réalisé par la pratique.

Ce n'est pas que la constitution d'un *cognitor* ne continue à avoir lieu, comme anciennement, par la prononciation d'une formule sacramentelle. Mais cette *datio cognitoris* avait, d'après sa forme, simplement pour but de constituer une personne comme *cognitor* et de lui donner qualité pour représenter le *dominus* dans un procès avec une autre personne : cet acte ne réglait que les relations entre le *dominus* et l'adversaire. Cette simplicité et cette unité de but correspondaient bien aux notions du droit ancien dans lequel avait pris naissance la *cognitoris datio*. Mais, avec le développement du droit, il dut sembler fâcheux qu'aucun rapport juridique n'existât entre le *cognitor* et le *dominus*. Comment concevoir qu'un *cognitor* remplisse ses fonctions, sans qu'auparavant un lien de droit unisse le représentant et le maître de l'affaire ? C'était en particulier tout à fait désirable pour le demandeur qui agissait par *cognitor* et pour le *cognitor* de la partie défenderesse. La nécessité de cette réglementation apparaissait comme fort pressante. Aussi est-il naturel de conjecturer que,

quand furent nées les actions de bonne foi de mandat sanctionnant un accord de volontés dépouillé de toute forme, la personne qui voulait constituer un *cognitor* prit l'habitude de s'entendre au préalable avec celui-ci et de s'unir à lui par les liens d'un mandat. De sorte qu'à l'époque classique la jurisprudence considéra la *cognitoris datio* comme supposant et révélant un mandat intervenu entre le *cognitor* et le *dominus*.

Mais l'introduction de cet usage remonte à la fin de la République. Dès cette époque, un rapport de mandat s'est adapté à la cognition, et les applications de cette idée sont déjà bien connues au temps de Labéon. Nous pouvons invoquer en ce sens deux textes de Labéon, qui sont relatifs au *cognitor*, et qui sont rapportés par Ulpien dans son livre 31 sur l'édit, où il s'occupe du mandat ⁽¹⁾. Le jurisconsulte cite l'opinion de Labéon, puisqu'il dit : « *Labeo putat, ait* ⁽²⁾ ».

L'espèce proposée dans le fr. 8, 1 est particulièrement probante : le *cognitor* d'un demandeur s'est entendu avec l'adversaire, de façon que celui-ci fût absous; le *dominus* aura alors contre son *cognitor* l'action de mandat, et, si celui-ci est

(1) Labéon, cité par Ulpien, 31 *ad ed.*, D., 17, 1, *Mand.*, 8 *pr.* 1; Lenel, *Pal.*, Labéon, 95; Ulpien, 908. Ces textes se rapportaient évidemment au *cognitor* dans leur forme première; l'un d'eux, le fr. 8, 1, suppose un préjudice causé au *dominus* par la *consumptio* du droit, or cette consommation de l'action ne se produit encore au temps de Gaius du côté du demandeur que si celui-ci a agi par *cognitor* (Gaius, 4, 98); l'autre, le fr. 8, *pr.*, a trait à un mandataire *ad litem*, et il ne peut être question au temps de Labéon d'un *procurator* mandataire spécial *ad litem* (cf. en ce sens, Pernice, *Labeo*, 1, p. 493; *contrà*, mais à tort, Eisele, *Cogn.*, pp. 48-49).

(2) Mais cette citation est faite de seconde main et non puisée directement aux sources, puisqu'il n'y a dans notre fragment aucune indication, à côté du nom de l'auteur cité, du titre et du livre, ou tout au moins du livre de l'ouvrage consulté, mais simplement *Labeo*. Ce procédé est du reste, fréquent dans Ulpien, qui est surtout un compilateur clair, correct et peu original, en même temps qu'un peu hâtif et très abondant. V. en ce sens Jörs, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, 5, 1, 1903, v° *Domitius Ulpianus*, pp. 1435-1509; Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm. Juristen*, 2^e éd., 1908, p. 16, et le compte rendu de Girard dans *Götting-*

insolvable, il pourra intenter l'action de dol contre l'adversaire absous par fraude (1).

Il résulte de ce texte que la partie demanderesse, dont le droit est déduit en justice et qui ne peut agir à nouveau, doit intenter en première ligne l'action de mandat contre son *cognitor*, qui, par des manœuvres frauduleuses, a provoqué l'absolution du défendeur. Cette décision de Labéon contient la preuve indiscutable qu'un rapport de mandat existe entre le *cognitor* et le *dominus* et sert au règlement de leurs comptes. Le *cognitor*, comme un mandataire, doit remplir fidèlement sa fonction ; or, d'après Modestin(2), le mandataire est tenu de son dol, et, puisqu'il s'agit d'un contrat de bonne foi, il sera poursuivi par l'action du contrat.

Cependant les applications de l'idée de mandat ne sont pas encore admises à cette époque par tous les jurisconsultes. Un témoignage direct en est fourni par un autre texte de Labéon, le fr. 8, *pr.*(3).

gische gelehrte Anzeigen, 1910, p. 248. V. aussi Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, *Sitzungsberichte* de Berlin, 1885, 1, p. 443 s.

(1) Labéon, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 8, 1 : « *Sed et si per collusionem cognitoris (D. : procuratoris) absolutus sit adversarius, mandati eum teneri : sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum qui per collusionem absolutus sit, dandam (Labeo) ait* ». Cf. Debray, *op. cit.*, p. 166, n. 3. — En comparant ce texte avec une décision d'Ulpien lui-même sur une hypothèse identique, on pourrait se demander pourquoi Labéon ne mentionnait pas un troisième moyen, la *restitutio in integrum ob dolum*. A notre sens, c'est simplement parce qu'il ne connaissait pas ce procédé, dont les plus anciens exemples connus ne remontent qu'au début du II^e siècle de l'Empire. Cela justifie la conjecture, d'après laquelle la *restitutio in integrum ob dolum* n'aurait été ajoutée qu'après coup à l'action de dol : cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 4057, n. 3, p. 419, n. 3.

(2) Modestin, *Collatio legum mosaic. et rom.*, 10, 2, 3.

(3) Labéon, *D.* 17, 1, 8, *pr.* : « *Si cognitorem (D. : procuratorem) dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi : unusquisque enim contractus initium spectandum et causam* ». Peut-être la finale du texte : « *unusquisque*

Un plaideur a remis les titres de son procès à une personne qu'il a constituée *cognitor*; puis il les lui réclame, soit que le procès soit terminé, soit qu'il ait révoqué le représentant *ante litem contestatam*. Or le *cognitor* refuse de les rendre : quelle action va intenter le *dominus* pour les recouvrer? Ulpien emprunte la solution de cette question au jurisconsulte Labéon. Ce dernier ne croit pas qu'on puisse accepter l'avis des jurisconsultes, d'après lesquels le maître peut dans cette hypothèse agir par l'action de dépôt; en cette occasion, il donne au *dominus* l'action *mandati directa*, car, ajoute-t-il, on doit examiner l'origine et la cause de chaque contrat.

Cette décision de Labéon est très intéressante et tout à fait juste. Car la remise des pièces de l'affaire n'est qu'une suite de la situation nouvelle créée par la constitution du *cognitor* et une conséquence accessoire du mandat *ad litem*. Cette opinion est le résultat d'une analyse juridique très pénétrante. Mais, pour qu'il puisse en être ainsi, il est nécessaire qu'un rapport de mandat soit venu s'adapter à la cognition. Il résulte de notre texte que, si cette innovation est déjà réalisée au temps de Labéon, elle est, à la vérité, récente. La décision de Labéon était alors isolée. Certains auteurs, inclinant vers une autre solution, donnaient au maître l'action de dépôt. Or, cette dernière opinion était plus ancienne que celle de Labéon. La pratique devait d'abord songer tout naturellement à accorder dans cette hypothèse au maître de l'affaire l'action de bonne foi de dépôt, et, lorsqu'elle n'existait pas, une action *in factum*, née elle-même postérieurement à la loi *Æbutia*. La remise des titres d'un procès n'est-elle pas un dépôt? Cependant la pratique ne devait pas tarder à dégager toutes les conséquences du contrat de mandat qui unissait le *dominus* et son *cognitor*, et c'est pourquoi elle donna au *dominus*, une action d'ailleurs plus avantageuse pour lui, l'action de mandat, comme le montre notre texte. Étant excellente, l'opinion de Labéon triompha, et elle sera adoptée par Ulpien.

enim ... » est-elle, en raison de sa forme, une addition d'Ulpien ou des compilateurs.

L'adaptation d'un rapport de mandat à la cognition, institution jusqu'alors purement formaliste, devait avoir des conséquences importantes. L'innovation demeura, il est vrai, un usage sans devenir une règle de droit (*D.*, 3, 3, 42, 2), mais elle apporta néanmoins des modifications profondes dans l'institution.

II. — La réforme admise au temps de Labéon, si importante pour la constitution du *cognitor*, portait seulement sur la question des rapports du *cognitor* et du *dominus*. Or, une fois que le *cognitor* était constitué, d'autres problèmes allaient surgir. Il était certes nécessaire d'apporter à l'institution divers perfectionnements qui fussent relatifs à la conduite même de la procédure. Ce fut l'œuvre du préteur au moyen d'édits. Car la direction des débats *in jure* rentrait dans son *officium*, en vertu de la faculté d'organiser l'instance que lui avait reconvenue la loi *Æbutia*, et c'était précisément dans cette phase *in jure* que se posait la question de savoir si la formule devait être rédigée au nom des parties ou d'un représentant.

Après avoir indiqué d'abord comment on a pu restituer les divers édits relatifs au *cognitor*, nous examinerons en second lieu dans quel ordre ils ont été rangés au titre de l'édit *de cognitoribus*, en troisième lieu à quelle époque ils ont été rendus pour la première fois, et enfin quel est leur contenu.

a) Le préteur a donc été amené à rendre des édits concernant le *cognitor* dans la mesure où cela lui sembla utile. Or ces édits, nous pouvons les connaître, car ils se trouvent rapportés dans la codification de l'édit du préteur, simple reproduction de l'édit antérieur, qui fut faite sous le règne d'Hadrien, par le jurisconsulte Julien (1). Cette codification ne nous est sans

(1) Sur la date de l'édit perpétuel, v. Girard, *La date de l'édit de Salvianus Julianus*, *N. R. H.*, 34, 1910, pp. 1-40, qui place la codification de l'édit entre les années 125 et 128, et Appleton, *La date des Digesta de Julien*, *N. R. H.*, 34, 1910, p. 731 s., qui croit que cette rédaction a été réalisée entre les années 130 et 138. — Sur le rôle de Julien, v. Girard, *Un docu-*

doute pas parvenue, mais les commentaires sur les édits insérés dans le Digeste permettent de restituer son contenu et fournissent des renseignements sur les divers édits. La disposition générale de l'édit perpétuel peut même être rétablie grâce surtout à l'ordre sensiblement concordant des commentaires sur l'édit ou d'autres ouvrages écrits sur le même plan, qu'il est possible de reconstituer à l'aide des inscriptions des fragments du Digeste indiquant l'ouvrage d'où ils sont tirés, le nom de l'auteur et le livre. C'est de cette façon que la restitution de l'édit perpétuel déjà tentée avec succès par Rudorff ⁽¹⁾ entre autres auteurs, a pu être réalisée magistralement par M. Lenel ⁽²⁾.

Ainsi a-t-on pu, en partant de l'ordre général des livres des commentaires sur l'édit, fixer la place que la matière de la représentation judiciaire occupait dans l'édit perpétuel, entre le *vadimonium* et la *calumniā* ⁽³⁾, et même, si l'on appuie sur la répartition de cette théorie dans les livres 8 et 9 de Paul et les livres 8, 9 et 10 d'Ulpien *ad edictum*, localiser à l'intérieur du titre de l'édit certaines dispositions : par exemple, il est d'évidence que si Paul et Ulpien traitent tous deux dans le livre 8 diverses questions, et que Paul place encore dans ce livre 8

ment sur l'édit antérieur à Julien, Valerius Probus (Extrait de *Festschrift Bekker, Aus röm. und bürgerl. Recht*), Weimar, 1907, pp. 22-29 du tirage à part.

(1) Rudorff, *De jurisdictione edictum*, Lipsiae, 1869.

(2) Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883; édition française remaniée sous le titre : *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. fr. par Peltier, Paris, 1901-1903, 2 vol. (= *L'édit*); *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2^e éd., Leipzig, 1907 (= *Ed. perp.* ²). — Sur la méthode de Lenel, cf. Lenel, *L'édit*, 1, pp. 1-10; *Ed. perp.* ², pp. 1-13, et le compte rendu de Girard, *N. R. H.*, 28, 1904, pp. 117-164, dont nous nous sommes inspiré pour décrire le travail qui a conduit Lenel à cette remarquable restitution.

(3) Ainsi la matière de la représentation judiciaire est commentée par Gaius au livre 3 sur l'édit provincial, par Julien au livre 3 de ses Digestes, par Paul aux livres 8 et 9 sur l'édit, par Ulpien aux livres 8, 9, 10 sur l'édit, par Papinien au livre 3 de ses questions, etc.

l'édit sur le changement de représentant qu'Ulpien étudie seulement au livre 9, c'est que cet édit était placé dans l'*edictum perpetuum* après les matières traitées par Paul et Ulpien tous deux au livre 8, comme du reste avant plusieurs autres examinées au livre 9 par Paul et Ulpien.

Mais en l'espèce le problème de la restitution de nos édits se complique d'une question de recherches d'interpolations. Car le silence du *Corpus juris civilis* sur la représentation en justice par *cognitor* ne peut s'expliquer, en présence d'autres textes purs de la même époque et non transmis par Justinien qui mentionnent le *cognitor*, que comme une conséquence des interpolations faites par les compilateurs de Justinien, qui, dans le but de supprimer une institution vieillie, ont biffé le mot *cognitor* partout où ils le rencontraient et l'ont remplacé par *procurator*. En sorte que se pose dès lors la question de savoir, puisque le *cognitor* existait à l'époque classique, quels étaient les édits relatifs au *cognitor*, qui sans aucun doute devaient être en tête du titre de la représentation judiciaire, comme se rattachant à la matière la plus anciennement traitée ?

Or ici le fragment *D.*, 3, 3, 4, sert fort bien à déterminer le partage des textes qui ont trait au *cognitor* ou au *procurator*. Dans ce texte qui fait partie du livre 9 sur l'édit, Ulpien nous donne la définition du *procurator*. Ce fragment constitue manifestement le début des explications du jurisconsulte sur cette matière et nous atteste qu'Ulpien rencontrait là seulement le *procurator* après s'être occupé dans son livre 8 du *cognitor*. Donc son livre 8 sur l'édit était consacré au *cognitor*.

Et parmi les dispositions que contient ce livre, il y a, à côté d'explications de doctrine, un certain nombre de développements qui ne peuvent être considérés que comme le commentaire des termes d'un édit, et qui, comparés avec des textes purs, vont permettre de restituer assez facilement les divers édits qui se rapportaient au *cognitor*. Ainsi les *Frag. Vat.* 322 et 323 nous indiquent qu'il existait deux édits « *in quibus*

ne dent cognitorem neve dentur, edictum comprehendit », tandis que les fragments d'Ulpien, *D.*, 3, 2, 15; 17; 19; 23, se contentent de ranger un certain nombre de personnes parmi les infâmes. Mais c'est précisément à ces édits qu'il faut rapporter les textes d'Ulpien, puisque nous savons par Gaius, 4, 182, que l'infamie n'est au temps de l'édit perpétuel qu'une notion tirée par la doctrine des passages de l'édit déclarant telle ou telle personne incapable de *postulare pro alio*, de *cognitorem dare* ou de *cognitorio nomine judicio intervenire* ⁽¹⁾, et que d'autre part ils concernent la cogniture, et non pas la *postulatio* qui est traitée au livre 6 d'Ulpien ⁽²⁾.

On peut même ajouter, pour les textes qui énumèrent les femmes parmi les infâmes, qu'ils avaient trait à l'édit *qui ne dent cognitorem*, puisque d'après les sentences de Paul, 1, 2, 2, et les Institutes de Justinien, 4, 13, 11, les femmes étaient déjà incapables à raison de leur sexe de jouer le rôle de *cognitores* ⁽³⁾.

En second lieu, l'édit cité par Ulpien, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 8, 3, se rapporte évidemment au *cognitor*, car il est question d'un *dominus* qui fournit la *cautio judicatum solvi* ⁽⁴⁾ pour son représentant, et cela, d'après Gaius, 4, 101, ne se produit que si le représentant est un *cognitor*.

Enfin les fragments *D.*, 3, 3, 17, 19, 23, 25, 27, 29, 31, bien qu'appartenant au livre 9 sur l'édit d'Ulpien, concernent le *cognitor* et sont relatifs à un édit sur le changement de *cognitor*, qui n'est autre que l'édit rapporté dans le *Frag. Vat.* 341 ⁽⁵⁾. C'est qu'en effet un tel édit est, à l'époque d'Hadrien

(1) Cf. Lenel, *L'édit*, 1, p. 87; *Ed. perp.*², p. 76, suivi par Girard, *Manuel*⁴, p. 197, n. 4, et Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 76.

(2) Cf. Karlowa, *Zur Geschichte der Infamia*, *Z. f. R. G.*, 9, 1870, pp. 220-229, suivi par Lenel, *L'édit*, 1, p. 102; *Ed. perp.*², p. 89.

(3) Cf. Karlowa, *loc. cit.*, p. 227 s., suivi par Lenel, *L'édit*, 1, p. 103; *Ed. perp.*², p. 89.

(4) En nous inspirant des *Notae* de Probus, 5, 23, nous désignerons dans notre travail la *cautio judicatum solvi* par l'abréviation *C. J. S.*

(5) Cf. Lenel, *L'édit*, 1, pp. 99-100; *Ed. perp.*², p. 87; Koschaker, *T. J.*, pp. 40-53; Duquesne, *T. J.*, p. 143 s.

inutile au regard du *procurator* et qu'autrement il est impossible d'expliquer comment *D.*, 3, 3, 17, 2 contient une allusion à l'édit de *cognitore ad litem suscipiendam*. Mais ce sont là les seuls édits relatifs au *cognitor* que le préteur ait rendus.

b) Il resterait maintenant à se demander dans quel ordre ces édits se trouvaient rangés au titre de *cognitoribus* de l'édit perpétuel. Tout d'abord nous pouvons admettre que le dernier édit est celui sur le changement de *cognitor* qui n'est commenté par Ulpien qu'au livre 9. Et il est vraisemblable qu'il était précédé de l'édit de *cognitore ad litem suscipiendam*. Les premiers édits seraient donc les édits *qui ne dent cognitorem* et *qui ne dentur cognitores*, le premier des deux étant sans aucun doute l'édit *qui ne dent cognitorem*, car il est toujours placé en tête dans les commentaires, dans le *Frag. Vat.* 322 et dans Gaius, 4, 124 et 182. S'il en est ainsi, une particularité fort intéressante se dégage de cet ordre : c'est que ces édits sont rangés suivant un ordre logique, qui est conforme à la marche normale de la procédure. Or cet effort de composition et de mise en ordre est précisément l'œuvre de Julien : de là vient que des textes d'auteurs postérieurs le représentent comme l'« *ordinator praetorii edicti* ⁽¹⁾ ».

c) Mais la présence de ces édits dans la codification de l'édit perpétuel prouve seulement qu'ils existaient au temps d'Hadrien, vers la fin du premier tiers du II^e siècle. Elle ne nous renseigne pas sur l'époque à laquelle ils ont été rendus pour la première fois, et qui peut remonter assez haut dans le passé, jusqu'à la loi *Æbutia*, qui a permis au préteur d'assurer la marche régulière de l'instance.

Pour résoudre cette question, on peut tout d'abord remarquer qu'après l'avènement d'Auguste les édits des préteurs sont, à part quelques rares changements, purement *translaticia*, tandis que dans l'intervalle d'un siècle qui sépare la loi *Æbutia* de l'avènement d'Auguste les créations des préteurs

(1) V. par exemple *C. J.*, 4, 5, 10, 1. Cf. Girard, *Valerius Probus, Festschrift Bekker*, p. 25 du tirage à part.

sont très nombreuses (1). Et cela seul permettrait déjà de conjecturer que nos édits ont été rendus à une époque assez ancienne, d'autant plus que le besoin s'en faisait sentir dès ce moment. Il n'y a pas en effet à s'inquiéter de l'objection que l'on pourrait élever contre l'ancienneté de ces édits en s'appuyant sur ce fait que la plupart des commentaires sur ces édits, contenus dans le Digeste, ceux de Paul et d'Ulpien par exemple, sont relativement récents et postérieurs à la codification de l'édit. Car les compilateurs du Digeste se sont servis de ces ouvrages en vertu de ce phénomène général d'après lequel on préfère toujours les ouvrages récents et par conséquent mieux renseignés au point de vue nouveauté aux ouvrages plus anciens qui ne sont pas au courant.

Au reste, l'examen des édits eux-mêmes ne fait que confirmer notre conjecture. Les édits sur la capacité d'être *cognitor* ou d'en avoir un font partie d'un ensemble de mesures prises contre les personnes indignes : ce sont des prohibitions symétriques à l'interdiction de *postulare pro alio* et inspirées par la même tendance. Or l'existence d'un édit *qui nisi pro certis personis ne postulent* nous est attestée par Labéon, *D.*, 3, 2, 2, 5; 4, 4; 8. D'autre part, l'interdiction pour les femmes de *postulare pro alio* a eu lieu à la suite d'abus commis, d'après Ulpien *D.*, 3, 4, 1, 5, par une femme du nom de Carfania, morte en 706 (2). S'il en est ainsi, la prohibition de *dari cognitor*, qui n'est qu'une suite de l'empêchement de *postulare pro alio*, a dû exister peu après, de même que celle de *dare cognitorem* : ce sont, au reste, des mesures qui s'expliquent bien dans l'état d'esprit de la fin de la République.

En second lieu, pour ce qui concerne l'édit *de cognitore ad litem suscipiendam dato*, il nous semble qu'il était déjà connu de Labéon, car, en décidant que le *defensor* libre qui a fourni la *C. J. S.* peut être forcé *causa cognita d'accipere iudicium*, le jurisconsulte songe évidemment à la situation voisine du

(1) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 52.

(2) Val. Max., 8, 3, 2.

cognitor réglée par notre édit et s'inspire de considérations d'analogie⁽¹⁾.

Il est moins facile de fixer une date pour l'édit sur le changement de *cognitor* ⁽²⁾. Néanmoins on peut, à notre avis, croire qu'il existe dès le début de l'Empire, car vers cette époque l'*actio judicati* est transportée sur la tête du *dominus* par la jurisprudence ⁽³⁾, et il y a un lien très intime entre le transfert de l'*actio judicati* et la *translatio iudicii*.

d) Ces questions une fois examinées, c'est maintenant le moment d'examiner le contenu de chaque édit et de chercher sa raison d'être.

Il est naturel qu'en tête des édits concernant le *cognitor* le préteur ait rendu deux édits se rapportant à la constitution du *cognitor*. C'est qu'en effet la *datio cognitoris* qui donnait au *cognitor* qualité d'agir pour le *dominus* avec l'adversaire était un acte capital. Aussi le préteur devait-il avoir soin de régler la capacité du *dominus* et du *cognitor*. C'est le but des édits *qui ne dent cognitorem* et *qui ne dentur cognitores*.

A l'intérieur du premier édit, le préteur déclarait que les personnes qui se trouvaient dans telle ou telle situation juridique, ne pouvaient constituer un *cognitor*. Un catalogue de ces personnes était dressé : le *Frag. Vat.* 320 en contient une partie. Mais ce catalogue n'a pu être restitué qu'incomplètement : on peut se demander s'il faut y ajouter les autres cas contenus dans l'édit *de postulando*, le but des deux édits

(1) Labéon, cité par Paul, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 43, 6 (Lenel, *Pal.*, 183). Mais Sabinus, cité aussi par Paul, D. h. t., 43, pr. se prononçait en sens contraire. Selon nous, c'est la décision de l'édit relatif au *cognitor* qui inspirait Labéon dans la question d'apparence très voisine, mais au fond bien différente, de savoir si le défenseur libre qui avait fourni caution devait être forcé d'*accipere iudicium*. Cf. en ce sens, Wlassak, Z. S. St., 25, 1904, p. 132, n. 2. — Après Labéon, le plus ancien jurisconsulte rapporté comme ayant commenté cet édit est Julien, cité par Ulpien, D., 3, 3, 8, 3.

(2) Les plus anciens jurisconsultes mentionnés comme ayant commenté cet édit sont Neratius, Julien et Marcellus, cités par Ulpien, D. 3, 3, 27, 1. Neratius, le plus ancien, vivait sous Trajan.

(3) Cf. *infra*, p. 79 s.

étant d'écarter une catégorie identique de personnes. Mais, à notre avis, cela est douteux. Pourquoi le préteur aurait-il en l'espèce dressé une liste, au lieu de faire un renvoi, comme par exemple pour le *procurator* (*Frag. Vat.* 322)⁽¹⁾? La base des deux édits n'est pas la même. L'interdiction de constituer *cognitor* n'est pour le *dominus* qu'une peine, la défense n'est faite que dans l'intérêt de l'adversaire. Il s'agit de rendre pour l'infâme les procès plus difficiles en l'empêchant de se faire représenter, non de sauvegarder la dignité du tribunal⁽²⁾.

Le second édit avait pour objet de fixer quelles personnes ne pouvaient devenir *cognitores*. Et il était très important dans la pratique, car nombre de gens exerçaient alors le métier de *cognitor*. Mais le contenu de cet édit, comme d'ailleurs du précédent, ne peut être restitué que difficilement, car Justinien a bouleversé toute cette matière, et a modifié le droit ancien en permettant aux infâmes d'être représentants judiciaires ou d'en avoir, pour éviter des débats portant sur des questions de forme⁽³⁾. Or, comme la plupart de nos renseignements viennent d'ouvrages composés par Justinien et aussi des scolies des Basiliques, il ne faut les accepter qu'avec une grande prudence, puisqu'il s'agit du droit de Justinien le plus souvent.

Néanmoins, on peut, en s'appuyant sur une scolie de Thalelaeus, admettre très légitimement avec M. Lenel que parmi les personnes atteintes par l'édit, les unes ne pouvaient constituer de *cognitor* qu'avec la volonté de l'adversaire, et les autres pas même avec son assentiment⁽⁴⁾. En visant ces per-

(1) Cf. en ce sens, Debray, *op. cit.*, pp. 111-112.

(2) Cf. sur le fondement que l'on doit donner à cet édit, Lenel, *L'édit*, 1, p. 103; *Ed. perp.*³, p. 90, qui réfute les systèmes de Savigny, *Traité de dr. rom.*, trad. Guénoux, Paris, 1855, 2, p. 211 s., de Karlowa, *loc. cit.*, p. 222 s., de Debray, *op. cit.*, p. 112.

(3) *Inst.*, 4, 13, 11 (10) : « *Eas vero exceptiones, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris... opponebantur conquiescere sancimus...* ».

(4) Scolie de Thalelaeus sur la c. 7, C. J., 2, 12, dans Heimbach, *Basili-*

sonnes, l'édit avait été inspiré par certaines considérations; il reposait sur des motifs de convenance. C'est ce qui explique que la défense de *dari cognitor* ait été en corrélation très intime avec celle de postuler pour autrui; et ce rapport très étroit est constaté en effet par Gaius et par Paul tout au moins en ce qui concerne les infâmes (1).

Ces raisons expliquent que les soldats (2) et les femmes (3) ne puissent devenir *cognitores*: on ne le leur permettait que s'ils étaient *dati in rem suam*, car on estimait avec raison que c'étaient eux qui alors étaient titulaires de la créance. Et pourtant une telle exception n'existait même pas en faveur des infâmes: ceux-ci ne devaient jamais jouer le rôle de *cognitores* (4).

Enfin, si telle est la base de l'édit, il est vraisemblable de conjecturer, puisqu'il existait sans doute d'autres prohibitions, que partout où l'incapacité de *postulare pro alio* se trouvait, l'incapacité d'être *cognitor* devait se rencontrer (5).

corum libri LX, 1, Lipsiae, 1833, pp. 403-404. Cf. Lenel, *L'édit*, 1, p. 105; *Ed. perp.*², p. 91.

(1) Gaius, 3 *ad ed.*, D., 3, 1, *De postul.*, 7 (Lenel, *Pal.*, 76). Paul, *Sent.*, 1, 2, 1.

(2) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 8, 2 (Lenel, *Pal.*, 310); *C. J.*, 2, 12, 13 (a. 239): « *Ratio perpetui edicti* », et la scolie de Thalel sur cette c. 13, *Bas.*, éd. Heimbach 1, pp. 408-409. Cf. encore la scolie de Thalel sur la c. 7, *C. J.*, h. t., et l'*interpretatio* de la c. 9, *C. J.*, h. t., *Bas.*, 1, pp. 403-405.

(3) Ulpien, 1 *ad Sabinum*, D., 50, 17, *De R. J.*, 2, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 2430); Paul, *Sent.*, 1, 2, 2; *Inst.*, 4, 13, 11 (10). Cf. Bülow, *Die Lehre von den Processeinreden*, Giessen, 1868, p. 39, n. 19. *Adde l'interpr.* de la c. 9, *C. J.*, h. t., *Bas.*, 1, p. 402.

(4) Paul, *Sent.*, 1, 2, 1 et 3; *Frag. Vat.*, 324; *Inst.*, 4, 13, 11 (10). Gaius, 3 *ad ed.*, D., 3, 1, 7. Cf. Bülow, *op. cit.*, p. 44, n. 22, et Karlowa, *loc. cit.*, p. 221, n. 28.

(5) Cf. Lenel, *L'édit*, 1, pp. 107-108; *Ed. perp.*², pp. 92-93. Mais il y avait sans doute des cas d'infamie spéciaux à notre édit. Lenel, *L'édit*, 1, p. 106, *Ed. perp.*², p. 92, cite la *calumnia* dans les procès civils, en s'appuyant sur D., 3, 2, 15; 19, mais ces textes se rapportent déjà à l'édit qui ne dent *cognitorem*, ils ne peuvent servir à tout. Lenel donne comme second exemple la condamnation dans tout *judicium publicum*, en argumentant du texte de Macer, 2 *de jud. publ.*, D., 48, 1, 7 (Lenel, *Pal.*, 29).

Il convient, en terminant, de faire remarquer l'expression large et très générale dont se servait le prêteur dans ces deux édits : « *Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam* » (1). L'exception qui en découle sera seulement proposée à la fin de l'édit perpétuel, dans l'appendice consacré aux formules des exceptions (2). Ce n'est pas que le prêteur ne

Mais n'y a-t-il pas là peut-être qu'une opinion de doctrine, à l'instar du fr. de Papinien, 2 *Quaest.*, D., 50, 2, 5 (Lenel, *Pal.*, 74) ?

(1) *Frag. Vat.*, 322. Cf. ce que Lenel, *L'édit*, 1, p. 19, n. 1, *Ed. perp.*², p. 20, n. 1, dit à propos de l'édit *de pactis*.

(2) Ils s'agit de l'*exceptio cognitoria* faute de capacité. C'est d'elle que parle Gaius, 4, 124, dont il faut rapprocher sans doute des textes mentionnant primitivement le *cognitor* et traitant de l'*exceptio cognitoria* avant les interpolations de Justinien : Gaius, 1 *ad ed. prov.*, D., 44, 1, *De exc.*, 3 *in fine* (Lenel, *Pal.*, 63); Ulpien, 74 *ad ed.*, D., h. t., 2, 4 (Lenel, *Pal.*, 1650), e^t 7 *Disput.*, D., 22, 3, *De prob.*, 19, 2 (Lenel, *Pal.*, 121), D., 17, 1, *Mand.*, 29, 4 (Lenel, *Pal.*, 130). Cf. encore *Inst. Just.*, 4, 13, 11 (10), avec la phrase de Théophile sur ce paragraphe, et les scolies des Basiliques sur C. J., 2, 12, *De proc.*, 4, 7, 13, qui s'occupent de la *προκουρατωρεια παραγραφη* (*exceptio procuratoria*). Les scolastes disent d'un incapable qui est constitué *procurator* qu'il est ἀχρήστω; δοθεὶς. Cette exception était certainement proposée dans l'appendice de l'Édit consacré aux exceptions. Il est du reste à remarquer que les juriconsultes romains traitent de l'*exceptio cognitoria* faute de capacité, lorsqu'ils s'occupent de l'étude des exceptions. Aussi est-ce avec raison que M. Lenel déclare que sa formule devait être indiquée à cette place sous une rubrique intitulée vraisemblablement : *Si alieno nomine agatur* (§ 271 de la restitution de l'Édit, par Lenel). Cf. Lenel, *L'édit*, 2, pp. 250-251; *Ed. perp.*², p. 483; Bülow; *op. cit.*, pp. 39-48. La rédaction pouvait en être la suivante en cas que le *cognitor* fût infâme ou constitué par un infâme : « *Si Titius cognitor non infamis est ou ab infami cognitor non datus est* », ou bien si c'était un soldat ou une femme : « *Si Titius miles (Titia) cognitor in rem datus (data) est* ». Mais les interprètes discutent sur la nature et les effets de l'*exceptio cognitoria* faute de capacité : il s'agit là d'une exception dilatoire, *quae evitat personam*. Cf. sur cette question, Debray, *op. cit.*, pp. 153-160, avec les renvois. Il est certain que c'est une exception de « Sachlegitimation », selon l'expression de Bülow, *op. cit.*, p. 53 s., puisque le *cognitor* devient sujet de l'action par la *litis contestatio*. Quant aux effets de l'exception, ils résultent tout simplement de son mécanisme. D'une part, le *cognitor* que la vertu des paroles sacramentelles de la *cognitoris datio* a rendu *loco*

puisse déjà *in jure*, repousser un *cognitor* incapable, quand son incapacité est indiscutable (1). Les domaines de la *cognitio* et de l'*exceptio* se pénètrent, du reste, l'un l'autre (2). Ce sera même la seule solution possible au cas où un défendeur a constitué un *cognitor* qui ne pouvait le devenir pour des motifs d'ordre public et des raisons de convenance (3). Car, à notre avis, l'interdiction pour un soldat par exemple, pour une femme de *dari cognitor nisi in rem suam*, ou pour un infâme de toujours *dari cognitor*, doit s'appliquer tant du côté du

domini va déduire le droit du *dominus* en faisant la *litis contestatio*. Car, à notre avis, l'incapacité d'une des parties, *dominus* ou *cognitor*, ne peut empêcher que la *datio cognitoris*, si les paroles sont régulièrement prononcées, ne produise le transfert du procès du *dominus* au *cognitor* : c'est une conséquence du formalisme primitif (v. par ex. l'*interpretatio* du scoliaste sur la c. 4 (*C. J.*, 2, 12), *Bas.*, éd. Heimbach, 8, 2, 78, 1, p. 402). Et d'autre part, le défendeur qui aura à juste titre fait insérer une exception même dilatoire sera, par le jeu même des règles de l'exception, absous si elle est vérifiée. Mais à côté de cette *exceptio cognitoria* faute de capacité, il existait une *exceptio cognitoria* faute de pouvoir : c'est à cette exception qu'il faut rapporter le texte d'Africain, 6 *Quaest.*, D., 3, 3, 78, 1 (Lenel, *Pal.*, 57) et peut-être encore D., *h. t.*, 56 (c'est plus que douteux pour D., *h. t.*, 62) : en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 215 ; Debray, *op. cit.*, p. 159 ; Wlassak, *Cogn.*, p. 23 ; Lenel, *L'édit*, 2, p. 251, *Ed. perp.*², p. 483 ; Koschaker, *T. J.*, p. 97, n. 2. *Contrà*, mais à tort, Bülow, *op. cit.*, p. 38, pp. 48-52. Il est toutefois fort curieux de remarquer qu'il en subsiste fort peu de traces : ainsi Gaius se contente de citer l'exception *cognitoria* faute de capacité.

(1) En ce sens, Lenel, *Ed. perp.*², p. 91.

(2) Sur les rapports de l'*exceptio* et de la *denegatio actionis*, cf. Wenger, *op. cit.*, p. 92, n. 1 ; Schott, *Das Gewähren des Rechtsschutzes*, pp. 80-83 ; Pissard, *Les questions préj.*, p. 27 s. ; Partsch, compte rendu de Lenel, *Ed. perp.*², *Z. S. St.*, 30, 1909, pp. 502-503.

(3) L'exception ne peut fonctionner que pour le *cognitor* constitué par le demandeur, comme paraît le dire Gaius, 4, 124, par les termes « *rem perdit* ». Mais qu'arrivait-il si un défendeur incapable constituait un *cognitor*, ou surtout si un défendeur constituait un *cognitor* incapable ? La scolie de Thalel, sur le c. 26, *C. J.*, 2, 12 (*Bas.* 1, p. 416), *ἡ ἀδυναμία*, ne le permet aux défendeurs infâmes que parce qu'elle suit le droit de Justinien (*Inst. Just.*, 4, 13, 11). Il arrivait sans doute que le prêteur donnait l'action contre le *dominus*, après un examen *in jure* de la question.

défendeur que du demandeur, et le prêteur doit écarter l'incapable d'office, puisque son incapacité est d'ordre public : or il ne peut être ici question d'exception⁽¹⁾. Les praticiens ont surtout examiné le problème de l'invalidité de la *datio cognitoris* du côté du demandeur, car c'est alors qu'il présente une grande importance, eu égard au droit de *consumptio* de l'action que possède le *cognitor*. La plupart du temps, le défendeur proposera lui-même l'insertion dans la formule d'une *exceptio cognitoria*, s'il croit avoir affaire à un représentant incapable ou constitué par un incapable. Il en a seul le droit, si la prohibition est établie dans son intérêt privé. Mais si l'interdiction est fondée sur des motifs d'ordre public, rien n'empêche le prêteur, croyons-nous, d'écarter l'incapable *in jure*, ou même d'insérer d'office une exception dans la formule⁽²⁾.

Tout autant que ce problème, une autre situation devait attirer l'attention du prêteur. Une fois que le *cognitor* était valablement constitué, il avait qualité pour agir avec l'adversaire aux lieu et place du constituant. Mais la *datio cognitoris* ne donnait naissance qu'à un rapport de droit entre le *dominus* et l'adversaire. De là résultaient divers inconvénients. Il est vrai que, pour pallier à quelques-uns, la pratique considéra qu'il devait y avoir un mandat entre le *dominus* et le *cognitor* : dès lors, des relations entre le représentant et le représenté étaient régies par un rapport de mandat. Cependant il continuait à n'exister aucun lien entre le *cognitor* et l'adversaire⁽³⁾. Le *cognitor* pouvait, une fois que le *dominus* l'avait constitué et avait fourni la *C. J. S.* ⁽⁴⁾ à l'adversaire, se refuser à lier

(1) Arg. des mots « *persequatur vel suscipit* » (D., 3, 3, 8, 2), qui font allusion aurôle, tantôt de demandeur, tantôt de défendeur, que peut jouer en justice un militaire.

(2) En ce sens, Lenel, *L'édit*, 1, pp. 105-107 ; *Ed. perp.*², pp. 91-92, avec l'addition à la p. 91 (*Nachträge*, p. XIV), suivi par Hölder, *Archiv. f. civ. Pr.*, 93, 1902, p. 57 s.

(3) Cf. en ce sens, Debray, *op. cit.*, p. 119.

(4) Cf. sur la *C. J. S.*, et sur sa rédaction dans l'Edit perpétuel, Lenel, *L'édit*, 2, § 282, pp. 277-281 ; *Ed. perp.*², 1907, pp. 509-511 et *Nachträge*,

l'instance et rester dans l'inaction en face de l'adversaire, même s'il avait accepté sa mission.

pp. XIV-XVI; Duquesne, *Contribution à l'étude de la C. J. S.*, *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 197-228, et *La texture générale de la C. J. S.*, *Mélanges Fitting*, 1, Montpellier, 1907, pp. 1-33 du tirage à part, avec le compte rendu de Debray, *N. R. H.*, 33, 1909, pp. 111-114. Adde, Duquesne, *La translatio iudicii*, 1910, *passim* et section 1^{re}, pp. 59-83. Il n'est pas douteux que la *C. J. S.* n'ait eu pour but et pour résultat d'obliger le promettant à exécuter le *iudicatum*; le nom de *C. J. S.* qui lui est donné dans les textes l'établit expressément. Mais il est très délicat de rechercher la rédaction qu'elle avait dans l'édit. Car, des deux cautions qui existaient à l'époque classique et étaient traitées à la suite l'une de l'autre par les juriconsultes dans leurs commentaires sur l'édit, la *cautio pro praede litis et vindictiarum* et la *C. J. S.*, une seule, la *C. J. S.*, a subsisté sous Justinien et les compilateurs ont alors rapporté à cette dernière caution même des textes de l'époque classique qui avaient trait à la première. Aussi la première question qui se pose est celle de savoir quelle était dans les commentaires la ligne de démarcation des deux massifs de textes. Cela n'est certain que pour le commentaire d'Ulpien sur l'édit : nous croyons en effet avec M. Lenel (*L'édit*, 2, p. 267; *Ed. perp.*², p. 496) que le texte d'Ulpien, 78 *ad ed.*, D., 46, 7, J. S., 6, se présente comme le début du commentaire sur la *C. J. S.* Notre caution comprendrait donc trois clauses, la *clausula de re iudicata*, la *clausula de re defendenda*, la *clausula de dolo malo*; et, malgré les objections de M. Duquesne (v. en dernier lieu, *T. J.*, p. 172, n. 2), il nous semble vraisemblable que la *C. J. S.* se composait de trois promesses distinctes se suivant l'une l'autre et se suffisant chacune à elle-même, donc sans qu'il y ait une rédaction alternative. On discute peu sur la rédaction de la troisième clause, qui nous est livrée par Venuleius, 9 *Stipul.*, D., h. t., 12, pr. Quant à la *clausula ob rem non defensam*, elle contenait tant l'engagement d'assumer la défense que la promesse de dommages-intérêts pour le cas où on abandonnait le procès; elle devait être conçue très largement de façon à permettre au défendeur d'être défendu, et au demandeur de pouvoir intenter une action par cette voie. Mais il est peu probable que la *clausula* ait contenu une énumération de personnes tant *ex parte rei* qu'*ex parte actoris*, celle-ci nous semble superflue. Les interprètes discutent surtout sur la rédaction de la *clausula de re iudicata*. A notre avis, celle-ci était rédigée très simplement. Le promettant ne pouvait que s'engager à payer le montant auquel devait s'élever la future condamnation « *iudicatum solvi* » et faire par conséquent une promesse qui, si elle était *incerta* au moment de la conclusion de la stipulation, était fixée après la condamnation. Selon nous, les mots « *in tantum enim committitur, in quantum iudex*

Or cette inaction parfaitement légitime si le *dominus* a agi en dehors du *cognitor* et sans son consentement devient intolérable

pronuntiaverit » font allusion à la manière même dont était rédigée la *clausula*. Comme M. Lenel, *Ed. perp.*², p. XVI, nous considérons comme invraisemblable une formule qui déclarerait simplement tenu au *quantum ea res erit* un défendeur condamné à une somme d'argent déterminée. Mais on se demande aussi si cette *clausula* avait une rédaction personnelle ou impersonnelle : cette question, au reste, présente un grand intérêt, car, si la formule de la *clausula* est impersonnelle, la *cautio* sera efficace malgré tout changement de personnes survenant au cours de l'instance et ne faisant pas du procès une *alia res*. Tandis qu'il n'en sera plus de même si la rédaction de la *clausula* limite la portée de la *cautio* aux personnes qui y sont énumérées. A notre avis, le caractère personnel de cette *clausula* semble établi d'une manière indiscutable par un texte formel de Gaius, relatif à notre *clausula* : Gaius, 27 *ad ed.*, D. h. t., 7 (Lenel, *Pal.*, 363) : « *Nam ut (stipulatio) committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est* ». Ainsi quand le *dominus* fournissait la C. J. S. pour son *cognitor*, celui-ci était désigné personnellement dans la *stipulatio* comme *iudicatus* possible. Ce résultat a été mis pleinement en lumière par M. Duquesne. Mais il nous paraît improbable qu'il y ait eu une énumération de personnes très large du côté de la défense : il est seulement question dans le texte de Gaius d'une *persona quae stipulationi comprehensa est*, et malgré les objections de Duquesne, T. J., p. 273, l'emploi du singulier nous semble décisif, il est d'ailleurs explicable en raison. D'autre part, il nous semble aussi douteux qu'il y ait une énumération de personnes *ex parte actoris*, et en particulier que le *cognitor* du demandeur soit mentionné, car de toute façon s'il y avait condamnation, la *res* était *secundum actorem iudicata*. Peut-être est-il encore possible d'invoquer contre l'opinion de M. Duquesne, Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 27, 1 (Lenel, *Pal.*, 317). Il resterait enfin, à propos de la C. J. S., une dernière question à résoudre : y avait-il en tête de la C. J. S. une clause initiale indiquant, non seulement le procès à l'occasion duquel elle était fournie, mais encore la cause de la C. J. S. ? C'est une conjecture qui a été solidement défendue par M. Duquesne, *loc. cit.* Pour notre part, il nous semble très vraisemblable qu'une clause initiale ait mentionné le procès à l'occasion duquel la C. J. S. était donnée, et c'est au reste fort naturel. L'individualisation du procès produisait alors un effet restrictif, de façon que la C. J. S. était inefficace dès qu'il y avait *alia res*, c'est-à-dire dès qu'était intentée une action distincte par ses éléments de fond de celle prévue par la *cautio*. Notre opinion peut invoquer deux textes traitant tous deux de la C. J. S., Ulpien, 7 *Disput.*, D., h. t., 43, 1 (Lenel, *Pal.*, 437), et 1 *Disput.*, D., 5, 4, *De jud.*, 64, 1 (Lenel,

quand le *cognitor* a consenti à se charger de l'affaire ; de là l'insertion dans l'édit des mots « *quo (cognitore) consentiente* » à l'interprétation desquels il faut rapporter non seulement le fragment d'Ulpien, *lib. 8 ad ed.*, au *D.*, 3, 3, 15, *pr.*, mais aussi

Pal., 34), et dans lesquels sont opposées les expressions « *de alia re actum* et *de alia re stipulatio interposita* ou *cautum* ». Une telle rédaction, en mettant en lumière l'objet du procès, permettait de voir, rien qu'à la simple lecture de la *cautio*, à quel procès elle se rapportait. Mais cette clause initiale de la *C. J. S.* mentionnait-elle aussi la cause pour laquelle elle était fournie ? Sur ce point, nous croyons préférable de ne pas faire état, malgré M. Duquesne, *loc. cit.*, de l'argument tiré de Cicéron, *Pro Quinctio*, 8, 30 : les mots « *ex ea formula quod...* » signifient tout simplement : d'après la règle (donnée au titre de l'édit *de satisdando*), et c'est un tour de phrase analogue à celui de Paul, 2 *Resp.*, *D.*, 2, 8, *Qui sat. cog.*, 14 : « [*Defensorem*] *satisdare petitorio ex forma edicti debere* ». Mais était-il bien nécessaire qu'une clause initiale désignât la cause de la caution ? Ne suffisait-il pas que la formule de la *C. J. S.* ou même de sa *clausula de re judicata* indiquât la cause pour laquelle cette caution était donnée, en sorte qu'en comparant la rédaction de la *formula* judiciaire et celle de la *cautio*, on pût voir si le motif qui justifiait l'obligation d'une *cautio* avait ou non cessé d'exister et si la *cautio* demeurerait efficace ou non. Cette indication de la cause de la *cautio* est rendue très plausible par une décision de Julien rapportée par Gaius, 27 *ad ed. prov.*, *D.*, *h. t.*, 7 (Lenel, *Pal.*, 363) et qui, la *litis contestatio* ayant eu lieu, vise notre *clausula de re judicata* : « *Nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est, sed oportere etiam causam personae eandem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit* ». Il est à remarquer que ce texte ne vise que les défendeurs, peu importait un changement de condition juridique dans la personne du stipulant : cf. Ulpien, 75 *ad ed.*, citant Julien, *D.*, 2, 8, *qui sat. cog.*, 11 (Lenel, *Pal.*, 1670), rapproché de Julien, 51 *Dig.*, *D.*, 44, 2, *De exc. r. j.*, 25, 2 (Lenel, *Pal.*, 691). Nous observerons aussi qu'il s'agit d'une caution due par quelqu'un qui plaide *alieno nomine*. Mais il est d'évidence que, pour qu'on pût examiner si la personne avec laquelle avait lieu la *litis contestatio* n'était plus à ce moment dans la même condition juridique qu'au temps de la conclusion de la stipulation, il fallait certes que la qualité du défendeur, qui motivait la prestation de la caution fût indiquée dans la caution. Par exemple, il était nécessaire, lorsqu'un *dominus* donnait caution pour son *cognitor*, que celui-ci fût mentionné avec sa qualité comme *judicatus* possible. Mais, à notre avis, cela suffisait pour révéler immédiatement le motif de la prestation de la caution. L'indication de la

le texte du même jurisconsulte au même livre, *D.*, 3, 3, 8, 1, écrit sans doute à l'occasion de cet édit. C'est qu'en effet la situation juridique de l'adversaire peut devenir désavantageuse si le *cognitor* du défendeur dont le concours est nécessaire pour l'organisation de l'instance se refuse à *accipere iudicium* et fait traîner les choses en longueur (1), au cas surtout où le *dominus*, contre lequel le demandeur pourrait se retourner, n'est pas présent *in jure*. Car l'adversaire a seulement le droit de poursuivre le *dominus* ou ses *sponsores* par l'*actio ex stipulatu* née de la *clausula ob rem non defensam* de la *C. J. S.*, qui n'aboutit qu'à des dommages-intérêts. Convient-il de léser le plaideur qui aura consenti à lier l'instance avec une personne qu'il n'a pas choisie ? D'autre part, il n'est pas jusqu'au *dominus* même qui n'ait à se plaindre de l'inaction du *cognitor*, car sa promesse d'assumer la défense lui imposera le devoir de fournir des dommages-intérêts (2).

cause de la caution entraînait la limitation de son efficacité à la cause ainsi mentionnée : ainsi s'expliquerait à merveille et très simplement une solution de Papinien, *11 Resp.*, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 1, 2 (Lenel, *Pal.*, 657). De ces divers renseignements, il résulte qu'en supposant une caution fournie par le *dominus* P. Mevius pour son *cognitor* L. Titius, nous arrivons pour la *C. J. S.* à la teneur suivante : « *Quod fundum Tusculanum a te petiturus sum, quantam pecuniam ob eam rem L. Titius cognitor tuus iudicatus erit, tantam pecuniam dari eamque rem boni viri arbitrato defendi, quamdiu res non defendatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse, afuturumque esse spondesne ? Spondeo* ».

(1) Le motif en est donné par Gaius, 3 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 12 (Lenel, *Pal.*, 78) : c'est qu'il peut arriver « *tractu temporis futurum ut res pereat* ». Cette même raison est invoquée pour une situation analogue par Labéon cité dans un texte de Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 43, 6 (Lenel, *Pal.*, 185). — Cf. sur cet édit, Debray, *op. cit.*, pp. 118-120, 127-130 ; Schott, *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, München, 1904, p. 65. L'opinion de M. Eisele, *Cogn.*, pp. 51-52, qui croyait que cet édit réglait les rapports entre le *dominus* et le *cognitor*, est erronée.

(2) C'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe donné pour une situation un peu différente, mais posé en général dans *D.*, 3, 3, 43, 6 :

En présence de cette situation particulière du *cognitor*, force fut donc au prêteur d'intervenir et de remédier à cet inconvénient par un édit dirigé contre le *cognitor*, et qui vise les rapports du *cognitor* et de l'adversaire. Le texte nous en a été conservé (1). Le prêteur après une *causae cognitio* forcera le *cognitor* par des mesures de contrainte à apporter à l'organisation de l'instance son concours indispensable. Ces moyens de contrainte sont plutôt, selon nous, les procédés généraux d'exécution contre celui « *qui non uiri oportet se defendit* » que les moyens de coercition, tels que les *multae* et les *pignora*; il y avait lieu ici à une *missio in bona* contre le *cognitor* (2).

Enfin, tandis que l'intérêt général ou celui de l'adversaire inspire ces divers édits, une autre situation, celle du *dominus* après la *litis contestatio* faite par son *cognitor*, devra également être protégée par le prêteur. La constitution d'un *cognitor*, qui entraîne pour le maître des conséquences importantes et très graves, repose sur une confiance réciproque; qu'arrive-t-il si elle cesse? Ne peut-on craindre que la procédure soit alors mal conduite? Certes si un tel événement se produit avant la liaison de l'instance, le *dominus* peut à son gré révoquer le *cognitor* (*D.*, 3, 3, 16). Il ne peut plus en être de

« *Nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisfactionem cogi* ». Cf. Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 132, n. 2; Lenel, *Ed. perp.*², p. 510, n. 4.

(1) Ulpien, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 8, 3 (Lenel, *Pal.*, 311) : « *Cognitorem (D. : procuratorem) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, praetor ait, iudicium accipere cogam* ». L'expression « *ad litem suscipiendam* » ne nous semble pas interpolée, mais elle a été employée pour indiquer que l'édit s'appliquait au *cognitor* du défendeur. Elle existe encore dans *D. h. t.*, 64, 69. — Cf. la traduction du début du texte par les Basiliques, 8, 2, 8, 1, p. 362 : « *Ὁ ἐπὶ τῷ ἐναχθῆναι δοθεὶς ἐκουσίως, ὑπὲρ οὗ δέδωκεν ὁ δεσπότης τὴν ἐπὶ τῷ πληρῶσαι τὰ κριθέντα ἀσφάλειαν...* »

(2) C'est qu'en effet, d'après les textes, n'est considéré comme *indefensus* que celui que le prêteur force à *accipere iudicium* : Venuleius, 7 *Disput.*, (Ulpien?) *D.*, 46, 7, 18 (Lenel, Ulpien, *Pal.*, 138); Ulpien, 44 *ad ed.*, *D.*, 50, 17, 52 (Lenel, *Pal.*, 1164). — Cf. sur le droit de *cogere* du prêteur, Debray, *N. R. H.*, 32, 1908, p. 148, n. 2.

même quand le *cognitor* a accompli la *litis contestatio* avec l'adversaire. L'immutabilité de la formule s'oppose au changement d'un de ses éléments et empêche qu'une partie ne puisse la modifier à son gré. En outre par la *litis contestatio* un lien s'est formé entre le *cognitor* et l'adversaire et le *cognitor* est par le jeu même des principes devenu grâce au mécanisme de la formule sujet de l'action. C'est ce dernier motif qui est surtout à considérer. L'immutabilité de la formule ne serait peut-être pas un obstacle insurmontable à la modification d'un de ses éléments personnels, qui aurait pu être réalisée par le prêteur; la preuve en est que la *translatio* du *dominus* à un *cognitor* qui se heurte aussi à cette difficulté soulève beaucoup moins d'embarras, qu'à part le fragment de Gaius, au livre 3 sur l'édit provincial (*D.*, 3, 3, 46, *pr.*), elle n'est pas traitée dans les sources ni ne fait l'objet de longs développements comme la situation inverse (1), et que sans doute elle n'est pas visée par un édit. Bien au contraire les sources nous montrent que l'hypothèse d'une *translatio iudicii* du *cognitor* au *dominus* n'est pas sans présenter de grandes difficultés. Elle aboutit en effet à priver le *cognitor* de la conduite du procès, alors qu'il est déjà sujet de l'action. Il est très grave d'en arriver à un tel résultat contre sa volonté. Le *cognitor* n'est-il pas « *substitutus in litem* » et n'a-t-il pas lié l'instance, en sorte que l'action du *dominus* est entre ses mains? Tout au plus, le *dominus* pouvait-il, s'il avait un motif très grave, intenter, quand elle exista, l'action de mandat pour demander le transfert du *iudicium*. Mais cette *translatio* n'avait pas, à notre avis, un caractère obligatoire. En pratique, malgré l'intérêt qu'il avait à la bonne conduite du procès, comme demandeur, puisque son droit était déduit en justice, ou comme défendeur, puisqu'il pouvait être attaqué par l'action née de la *C. J. S.*, le *dominus* ne pouvait donc pas écarter le

(1) Cf. Paul, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 42, 7 (Lenel, *Pal.*, 167), où la *translatio iudicii* d'un *reus latitans* à un *cognitor* constitué par les *sponsores* présente une grande utilité.

cognitor du procès malgré lui soit en le remplaçant, soit en se chargeant lui-même de l'affaire.

C'est pourquoi, toujours en raison de la situation spéciale du *cognitor*, le prêteur dut intervenir et permettre au *dominus* de dessaisir son *cognitor* du procès, mais seulement après examen de la cause, une *translatio iudicii* injustifiée pouvant causer un dommage au *cognitor*. L'édit ne nous a malheureusement été conservé que d'une façon très fragmentaire par le *Frag. Vat.* 341⁽¹⁾. C'était seulement à celui qui avait constitué un *cognitor* qu'il accordait le droit de demander au magistrat la *translatio*⁽²⁾. L'édit contenait, croyons-nous, plusieurs clauses. Et, à côté d'une disposition générale donnant au *dominus* une permission de transfert, il devait y avoir une clause autorisant la *translatio iudicii* dans les cas de mort et de *capitis deminutio media* ou *maxima* du *cognitor*⁽³⁾, dont une appli-

(1) *Frag. Vat.*, 341 : « *Ei qui cogni[torem dedit causa cognita permittam iudicium transfer]re* »; (d'après la restitution donnée par Mommsen-Krüger, *Collectio libr. jur. antejust.*, 3, pp. 105-106, et suivie par Girard, *Textes* ³, p. 542). A notre avis, la rubrique donnée à cet édit par Rudorff et Lenel, d'après leur restitution du *Frag. Vat.* 341 du reste et à cause des dernières lettres conservées du fr. (« *...care autem cognitorem...* ») nous semble peu précise. Selon nous, elle devait indiquer que cet édit avait seulement sa raison d'être après la *litis contestatio*. Nous préférierions une autre rubrique, par exemple : « *De iudicio a cognitore in dominum vel in alium cognitorem transferendo* ». Du reste, la question manque d'importance pratique. — Il est à noter que M. Lenel, dans sa restitution du *Frag. Vat.* 341 (*L'édit*, 1, p. 109; *Ed perp.* ², p. 93) s'appuie sur des textes concernant le *procurator* (*D.*, 17, 1, 8, 3; *D.*, 49, 1, 4 *i. f.*; *C. J.*, 2, 12, 8; 11; 22). Cela suppose que les règles relatives au *procurator* étaient les mêmes pour le *cognitor*; or, en était-il ainsi?

(2) C'est seulement la jurisprudence qui fit profiter le *cognitor* de cette faculté de pouvoir être changé après la *litis contestatio* (Paul, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 24 (Lenel, *Pal.*, 176). Et c'est encore elle qui l'étendit aux héritiers du *dominus* (Ulpien, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 17, 1 (Lenel, *Pal.*, 313).

(3) Cette opinion se base sur la combinaison du texte d'Ulpien, *D.*, 3, 3, 17, *pr.* : « *...A vivo cognitore* (*D.* : *procuratore*) » avec *Frag. Vat.* 341 : « *Hoc edictum de pluribus speciebus [loquitur...]* ». On s'explique au reste qu'il en ait subsisté fort peu de traces, puisque sous ce rapport le droit a été modifié par une constitution de Théodose II et Valentinien III de 424

cation est sans doute faite par Ulpien, *lib. 41 ad Sabinum*⁽¹⁾. Mais il est à remarquer que l'effet spécifique de cet édit relatif à la *translatio cognitoria* était précisément de donner à celle-ci un caractère obligatoire⁽²⁾ : le *judicium transferre permittam* ne peut s'entendre d'une simple autorisation de transfert, mais bien d'un transfert imposé par le magistrat, sinon on ne pourrait s'expliquer comment les jurisconsultes pèsent si soigneusement les justes motifs de translation.

Ces mesures constituent une atténuation très grave aux droits que le *cognitor* a en sa qualité de sujet du litige. Dès lors le représentant peut être contre sa volonté privé de la conduite du procès; s'il meurt, le procès ne passe pas à ses héritiers, mais au *dominus*. Enfin il s'ensuivra logiquement que le *cognitor* empêché de continuer l'instance ne pourra se substituer un représentant (*D.*, 3, 3, 24). Mais on s'explique que le préteur ait pu prendre de telles dispositions, car le *cognitor* était un fondé de pouvoir constitué solennellement, de sorte que les relations qui unissaient le *cognitor* au *dominus* étaient connues de l'adversaire et aussi du magistrat. Au moyen de ces édits, le préteur assura donc d'une façon meilleure la marche d'une instance dirigée par un *cognitor*.

III. — Après le prononcé de la sentence, se pose alors la question de l'exécution du jugement au cas où la sentence

(*C. Th.*, 2, 42, 7). Mais cet édit spécial devait avoir une raison d'être pour coexister avec la disposition principale. C'était sans doute que la mort du *cognitor* constituait par elle-même un juste motif de *translatio*, de sorte que le magistrat accordait le transfert après avoir vérifié cette circonstance dans une *cognitio causae*, et à moins que le *cognitor* n'eût été constitué *in rem suam* ou que le *dominus* ne consentît pas à payer les frais du procès déjà faits. Cf. Lenel, *L'édit*, 4, p. 409; *Ed. perp.*², p. 94; Koschaker, *T. J.*, p. 405; et dans un sens un peu différent, Duquesne, *T. J.*, p. 436, n. 4.

(1) Ulpien, *41 ad Sabinum*, *D.*, 5, 4, *De jud.*, 57 *in fine* (Lenel, *Pal.*, 2873), si l'on corrige *procurator* par *cognitor*. Cf. en ce sens Koschaker, *T. J.*, p. 472, Duquesne, *T. J.*, p. 207 s.

(2) Cf. en ce sens Koschaker, *T. J.*, p. 72 s.; Duquesne, *T. J.*, p. 430 s.

rendue est une sentence de condamnation. Ce problème soulève certaines difficultés si le maître de l'affaire s'est fait représenter par un *cognitor* : par qui en effet ou contre qui va être intentée l'action *judicati*?

Certes, il serait utile que le *dominus* pût poursuivre l'exécution du jugement ou être poursuivi; mais, d'après le mécanisme de la procédure, cette situation ne peut se produire, car le *cognitor* qui a fait *litis contestatio* avec l'adversaire est devenu sujet de l'action et l'affaire a été tranchée par rapport à lui dans la *condemnatio* : or n'est-ce pas celui sur lequel est rendu le jugement qui aura la charge ou le profit de son exécution? C'est là, remarquons-le, l'état de choses normal. Pour qu'il en fût autrement, une réforme était nécessaire.

C'est ce qui eut lieu, car, au temps des Sévères, les textes, le *Frag. Vat.* 317 par exemple, nous déclarent que l'action *judicati* est en règle générale donnée au *dominus* ou contre lui, et pour exprimer ce résultat ils emploient le mot « *datur* », alors que, si c'était là un simple effet des principes, ils se serviraient plutôt de l'expression « *competit* », qu'ils appliquent à la situation exactement inverse du *procurator* (1).

En premier lieu, nous examinerons à quel moment l'action *judicati* est, d'une façon certaine, transférée au *dominus* ou contre lui, et nous exposerons comment ce résultat est dû à la jurisprudence. Nous rechercherons en second lieu si c'est

(1) *Frag. Vat.* 317 : « *Cognitore enim interveniente judicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subjiçietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Interveniente vero procurator judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit* ». — Le nom de l'auteur de ce fragment est inconnu, mais notre texte est attribué par tous les interprètes à l'un des trois grands jurisconsultes du temps des Sévères, Papinien, Paul ou Ulpien : v. Mommsen-Krüger, *Coll. libr. jur. antej.*, III, p. 100, 102; Girard, *Textes*², p. 538. — Cf. en notre sens, Eisele, *Cogn.*, p. 84. V. aussi sur l'opposition des mots « *actio datur* » et « *actio competit* » en général, Krüger, *Z. S. St.*, 16, 1895, p. 1 s., et Bekker, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 345.

là une innovation réalisée au premier siècle de l'Empire.

a) Le transfert de l'action *judicati* contre le *dominus* nous est attesté dès le premier siècle de l'Empire. On peut en ce sens invoquer une décision, relative au *cognitor* (1), du jurisconsulte Plautius, qui était un contemporain de Vespasien et vivait vers la fin du I^{er} siècle (2). Cette décision nous est rapportée dans un fragment de l'ouvrage de Paul *ad Plautium* et elle est approuvée par le jurisconsulte. Plautius l'avait sans doute rendue à l'occasion de l'édit *condemnatus ut pecuniam solvat...*, d'après lequel le *judicatus* doit payer le montant de la condamnation dans le *tempus justum*, sous peine d'encourir l'exécution, qui, à cette époque, est en première ligne l'exécu-

(1) L'interpolation du mot *procurator* est reconnue depuis longtemps, déjà par Cujas, *Op. om.*, éd. Fabrot, III, *Obs. l. XIV*, c. 30, col. 449, puis par Keller, *Litiscont.*, 1827, § 41, pp. 323-332. Car, à notre époque pour ce qui regarde le *procurator*, la règle est complètement différente et elle l'est même encore plus tard, comme le prouve le *Frag. Vat.* 317, qui est du début du III^e siècle. A part cette interpolation, rien d'autre n'a dû être modifié, les commissaires de Justinien n'ayant pas d'intérêt à remanier le texte sous d'autres rapports.

(2) Plautius, cité par Paul, *1 ad Plautium*, D., 3, 3, 61 (Lancel, *Pal.*, Paul, 1074; Plautius, 1). Voici la fin du texte qui n'importe pas ici : « *Idem erit observandum et si defensoris loco cum satisfactione se litigant optulerit* », et qui contient sans doute la note de Paul sur le texte de Plautius : le fragment D., 3, 3, 61, n'est-il pas emprunté à l'ouvrage de Paul sur Plautius ? Mais il est hors de doute que la première partie du fragment a été écrite par Plautius, car il y a les mots « *Plautius ait* ». Toutefois, il est à remarquer que l'on pourrait avoir quelques doutes sur la traduction du texte. Car il peut être traduit ainsi : Plautius dit que le *cognitor* condamné ne doit pas être poursuivi par l'action *judicati* à moins qu'il n'ait été constitué *in rem suam* ou qu'il ne se soit offert à défendre au procès quand il savait qu'il n'avait pas été fourni caution : et cela a été l'avis de tous. Dans cette traduction, les termes « *omnibus placuit* » appartiendraient à la note de Paul, et la ponctuation devait être un peu différente : les deux points qui se trouvent dans l'édition du Digeste de Mommsen-Krüger entre les mots *ait* et *procuratorem* devaient être supprimés et reportés entre les mots *esse* et *omnibus*. Cette traduction est tout à fait séduisante, et elle aurait le mérite de faire ressortir tout le chemin parcouru entre Plautius (*Plautius ait*) et Paul (*omnibus placuit*). Il est encore à remarquer qu'au point de vue gram-

tion sur la personne (1). Comme dans le fragment d'Ulpien au livre 58 sur l'édit, *D.*, 42, 1, 4 (2), le problème n'est examiné que du côté passif et il est restreint à une hypothèse, celle d'un *condemnatus alieno nomine* (3), où l'édit relatif à l'exécution sur la personne semblait difficilement applicable. Ainsi s'explique-t-on que Plautius ait été amené à se demander contre qui l'action *judicati* est possible.

« *Plautius ait: cognitorem* (D.: *procuratorem*) *damnatum non*

matal, la construction « *Plautius ait* » entraîne à sa suite la proposition infinitive : cf. par ex., Lenel, *Pal.*, Paul, 121, 227, 245, 1158, 1174, 1176, 1198, 1212, 1217, 1226, 1227, 1618, 1643, 1650, 1740, 1756, 1868, etc.; et que très souvent Paul approuve l'opinion du jurisconsulte ou cite les autorités qui se sont rangées à sa suite, en disant, *omnibus placuit*, ou *Juliano placet*, ou *Scaevolae haec placuerunt*, ou *Labeoni placuisset* : cf. par ex. Lenel, *Pal.*, Paul, 121, 128, 1618, 1756, 1868, etc. Néanmoins nous hésitons à admettre cette traduction et croyons que les termes « *omnibus placuit* » appartiennent à la citation de Plautius. Car il est à noter que la construction *Plautius ait* est quelquefois suivie de deux points, la phrase suivante étant à un temps personnel : cf. par ex., Paul, *D.*, 37, 12, 3, *pr.*; Pomponius, *D.*, 34, 2, 34, *pr.* Ailleurs on trouve seulement l'indication du nom de l'auteur, avec l'exposé de la question à un temps personnel : cf. par ex., *D.*, 35, 1, 43, *pr.*; *D.*, 34, 2, 8 (ces coupures sont dues sans doute aux compilateurs) Mais notre principal argument réside dans l'interprétation de notre texte que donnent les Basiliques, 8, 2, 60, 1, p. 394 (éd. Heimbach): « Ἀγείῃς ὁ Πλαύτιος· πᾶσιν ἤρρεσεν τοῖς νομικοῖς, τὸν κατὰ μανδᾶτον ἐναχθέντα καὶ καταδικασθέντα μὴ ἐνάγεσθαι τῇ ἰουδικαίου, πλὴν εἰ μὴ ἄρα *in rem suam* ἢ προσκούρᾳ... » — Cf. sur l'époque à laquelle écrit Plautius, Krüger, *Hist. des sources du dr. rom.*, Paris, 1894, trad. Brissaud, pp. 211-212, avec les renvois; Lenel, *Pal.*, en tête des fragments de Plautius, 2, p. 13, n. 1, avec les auteurs cités; Kipp, *Geschichte der Quellen des röm. Rechts*⁷, 1909, p. 121 : *Teuffels Geschichte der röm. Literatur*, 6^e éd., par Kroll et Skutsch, 2, 1910, p. 299.

(1) En ce sens, cf. Lenel, *L'édit*, 2, p. 144; *Ed. perp.*², p. 394; Girard, *Manuel*⁴, p. 1038.

(2) Ulpien, 58 *ad ed.*, *D.*, 42, 1, *De re jud.*, 4 (Lenel, *Pal.*, 1370-1372). Cf. Lenel, *L'édit*, 2, pp. 143-144; *Ed. perp.*², pp. 393-394.

(3) On rencontre quelquefois l'expression « *condemnatus alieno nomine* » dans les sources : par ex., Ulpien, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 31, *pr.*, et 6 *ad ed.*, *D.*, 3, 2, 6, 2. Elle n'est peut-être pas très exacte, mais elle est commode. Cf. Hruza, *op. cit.*, p. 16.

debere conveniri nisi aut in rem suam datus esset aut optulisset se, cum sciret cautum non esse, omnibus placuit ».

Selon Plautius, le *cognitor* d'un défendeur une fois condamné ne doit être poursuivi pour l'exécution du jugement que s'il a été constitué dans son propre intérêt, ou s'il a lié le procès, sachant que le *dominus* n'avait pas encore fourni la *C. J. S.* ⁽¹⁾. Au reste, Plautius, en énonçant cette idée, ne fait, par l'intercalation des mots « *omnibus placuit* » que rapporter l'opinion des jurisconsultes de son époque et même de ceux qui lui sont antérieurs ⁽²⁾.

De notre texte, il résulte jusqu'à l'évidence que le transfert de l'action *judicati* contre le *dominus* est l'œuvre de la jurisprudence. L'expression « *omnibus placuit* » est en ce sens tout à fait décisive et révèle l'origine de la règle. Les prudents ont ici fait œuvre créatrice, en s'appuyant sur l'équité et l'utilité pratique. Cette notion guida les premiers jurisconsultes qui imaginèrent de transférer l'action contre le *dominus*. Lorsque le *condemnatus* était un *cognitor*, l'édit relatif à l'exécution sur la personne ne pouvait s'appliquer ⁽³⁾. Aussi les jurisconsultes admirent-ils qu'on pût intenter cette voie d'exécution contre le maître de l'affaire lui-même. Mais la décision de la jurisprudence était aussi utile en ce qui concernait l'exécution sur les biens, car elle évitait un circuit d'actions. Le *cognitor* échappait ainsi aux risques de l'insolvabilité du *dominus*, et le maître épargnait des frais. Quant à l'adversaire il n'avait pas sujet de s'en plaindre. Se fondant sur des raisons excellentes, ce système devait être observé par tous les jurisconsultes, et il était unanimement accepté au temps de Plau-

(1) L'expression « *se offerre liti* » est employée quelquefois dans les sources : par ex., *D.*, 42, 1, 4, *pr.* 1; *D.*, 26, 7, 2, *pr.*; *D.*, 44, 2, 25, 2; *D.*, 4, 3, 39; *D.*, 5, 3, 45; *D.*, 6, 1, 7, 25, 27, *pr.*; il s'agit de personnes qui consentent à *accipere judicium*, sans se trouver dans les conditions requises.

(2) Il est d'ailleurs à remarquer que Plautius cite souvent des opinions novatrices de doctrine; c'est la raison pour laquelle il a été commenté par Neratius, Javolenus, Pomponius et Paul.

(3) Cf. en ce sens, Lenel, *L'édit*, 2, p. 141; *Ed. perp.*², p. 392.

tius : de là l'expression « *omnibus placuit* ». Dans la deuxième moitié du 1^{er} siècle l'action *judicati* est donc en règle générale refusée contre le *cognitor* et accordée contre le *dominus*.

Puis la jurisprudence décida que l'action *judicati* résultant du procès intenté par le *cognitor* serait donnée au maître. Le texte le plus ancien, qui existe à notre connaissance sur la question, est seulement une décision de Julien au livre 18 de ses Digestes (1), concernant le *cognitor* (2), rendue dans le deuxième tiers du 1^{er} siècle, mais la manière même dont le jurisconsulte présente les choses prouve que cette réforme était déjà accomplie depuis un certain temps, car il ne la discute pas.

« *Si voluntate filiae cognitor (D. : procurator) a patre datus litem de dote contestatus fuerit et re secundum eum iudicata pater decesserit, iudicati actionem filiae potius quam hereditibus patris dari oportebit* ».

Un père constitue avec l'assentiment de sa fille un *cognitor* qui poursuivra en justice la reprise d'une dot profectice. Le *cognitor* lie le procès et le jugement est rendu sur son nom et en sa faveur. Sur ces entrefaites le père meurt. Julien se demande seulement si l'action *judicati* sera donnée à la fille plutôt qu'aux héritiers du père, il n'envisage pas qu'elle puisse appartenir au *cognitor*. C'est donc que de son temps il est pleinement reconnu que l'action *judicati* est toujours après examen de l'affaire accordée au maître quand le *cognitor* n'est pas *rem in suam datus*.

(1) Julien, 18 Dig., D., 24, 3, Solut. matr., 31, 2 (Lenel, Pal., 298). Le mot « *eum* » dans la phrase « *re secundum eum iudicata* » désigne le représentant, qui d'ailleurs vient de faire *litis contestatio*; s'il s'agissait du père, la construction grammaticale exigerait : « *se* ». — Sur l'époque à laquelle ont été écrits les Digestes de Julien, cf. Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm. Juristen*, 2^e éd., Halle, 1908, pp. 25-31, et différemment Appleton, *La date des Digesta de Julien*, N. R. H., 34, 1910, p. 731 s.

(2) Dans notre texte, le mot *procurator* est certainement interpolé pour *cognitor*, car, en ce qui concerne le *procurator*, la réglementation est alors bien différente, et il en est même ainsi un peu plus tard, comme le prouve 1^o *Frag. Vat.* 317.

Ainsi, au temps de la codification de l'édit, la jurisprudence a déjà réalisé le transfert de l'action *judicati* sur la tête du *dominus* (1). Mais, dès lors, il en résulte par le fait même que ce transfert n'a pu être l'œuvre du prêteur et qu'il n'y a pas d'édit rendu sur cette question (2).

Déjà M. Lenel avait montré que les textes, tels que les fragments d'Ulpien, *D.*, 42, 1, 4, et de Paul, *D.*, 3, 4, 6, 3, et le *Frag. Vat.* 317, n'étaient pas favorables à cette manière de voir (3). Mais ce point pouvait encore être discuté, et la preuve en est que le dernier auteur qui ait écrit sur cette question, M. Koschaker, trouve qu'une réponse indécise s'impose (4). Or, à notre sens, il ne peut plus maintenant en être ainsi, le problème doit être tranché sans aucun doute par la négative. L'expression « *omnibus placuit* » démontre nettement que la décision du jurisconsulte n'est pas le commentaire d'un édit. Et cela indique que toutes les règles concernant le *cognitor* n'étaient pas codifiées dans l'édit perpétuel, mais que l'activité

(1) Les auteurs pensent généralement le contraire : cf. Declareuil, compte rendu de Wenger, *Actio judicati*, *N. R. H.*, 27, 1903, p. 604, qui place cette réforme après la rédaction de l'édit perpétuel. M. Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 749, n. 2, la croit réalisée au moment de la codification de l'édit, à cause de l'existence d'un édit *de cognitore abdicando*. Cf. aussi sur ce point, Girard, *Manuel*⁴, p. 4020, n. 5, et p. 4021, n. 3. En tout cas, le renseignement fourni par notre texte éteint la controverse ouverte entre Bethmann-Hollweg, *Versuche*, p. 175 s., et *R. C. P.*, 2, p. 438, n. 433; Eisele, *Cogn.*, pp. 82-89, et Rümelin, *op. cit.*, p. 106, d'une part, et d'autre part, Salpius, *Novation und Delegation nach röm. Recht*, Berlin, 1864, § 57, p. 363 s.; cette controverse est résumée par Debray, *op. cit.*, pp. 145-150. Les premiers estimaient que l'édit, qui permit au *cognitor* d'agir en justice, fit passer sur la tête du *dominus* les résultats du procès en donnant l'action *judicati* pour ou contre lui, tandis que Salpius n'admettait ce transport de l'action *judicati* que très tard, au début du III^e siècle, en se basant sur le *Frag. Vat.* 317.

(2) Cf. en ce sens, Lenel, *L'édit*, 2, pp. 138-142; *Ed. perp.*², pp. 389-392, suivi par Wenger, *op. cit.*, p. 178. — *Contra*, Rudorff, *op. cit.*, § 196, pp. 180-181.

(3) Cf. Lenel, *L'édit*, 2, p. 140; *Ed. perp.*², p. 391.

(4) Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 141, n. 3.

jurisprudentielle a amené de son côté des réformes dans l'institution.

b) C'est qu'en effet il n'en a pas toujours été de même, croyons-nous (1). La théorie jurisprudentielle nous paraît être une nouveauté. Ainsi, au cas de représentation de la partie défenderesse par un *cognitor*, celle-ci fournit, comme on le sait, la *C. J. S.*, dont l'une des clauses, la *clausula de re judicata*, contient la promesse de payer le montant de la condamnation et devient efficace par le prononcé de la sentence. L'adversaire peut de cette façon intenter une action *ex stipulatu* contre le *dominus* ou ses *sponsores*. C'est un supplément de garantie pour lui qui, par la liaison de l'instance avec le *cognitor*, va déduire en justice le droit qu'il possède contre le maître et attaquer une personne qui pourrait être insolvable et qu'il n'a pas choisie comme débiteur. Or, si l'action *judicati* a à l'origine été délivrée en règle générale contre le *dominus*, le propre débiteur du demandeur, l'utilité et la nécessité de la *C. J. S.*, ou tout au moins de la *clausula de re judicata* apparaissent comme diminuées. Ce supplément de garantie produit par l'adjonction de *sponsores* à la promesse du *dominus* aurait une moins grande raison d'être, si le *dominus* pouvait être poursuivi lui-même par l'action *judicati*. C'est pourquoi il est naturel de penser que, dans les débuts de la procédure formulaire l'action née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.* ne devait pas faire double emploi avec la délivrance de l'action *judicati* contre le *cognitor*.

Au reste le texte de Plautius fortifie lui-même cette interprétation. Car, si cette réforme est universellement acceptée à la fin du 1^{er} siècle, il est cependant à remarquer que Plautius invoque en ce sens l'autorité de la jurisprudence : « *omnibus placuit* », et éprouve le besoin de justifier sa décision. Cette tournure d'expression est à noter. On ne la retrouvera plus sous la plume de Paul, d'Ulpien et des jurisconsultes du temps

(1) Cf. en ce sens, Salpius, *op. cit.*, pp. 367-369, suivi par Debray, *op. cit.*, pp. 147-150.

des Sévères qui reconnaissent comme un fait indiscutable que l'action *judicati* est en règle générale intentée par ou contre le *dominus* ⁽¹⁾.

La courbe de la théorie jurisprudentielle devait donc s'élever rapidement. A partir du III^e siècle, ou même de la codification de l'édit, la jurisprudence étendra cette solution aux hypothèses de représentation en justice par un *actor universitatis* ⁽²⁾, par un *actor municipum* ⁽³⁾, par les tuteurs et curateurs agissant comme *negotiorum gestores* ⁽⁴⁾, par un *procurator praesentis* ⁽⁵⁾, etc.

Mais on s'explique bien que le mouvement ait commencé par le *cognitor*. Car la *datio cognitoris*, déclaration faite en termes solennels et formels par le *dominus* en présence de l'adversaire et souvent même du magistrat, ne laisse aucun doute sur les relations qui existent entre le *cognitor* et le *dominus*. L'adversaire ne peut ignorer que le *cognitor* agit aux lieu et place du *dominus* et qu'en définitive les conséquences du procès auront leur répercussion chez le maître de l'affaire lui-même. Dans cette hypothèse il y a certitude des pouvoirs du *cognitor*. C'est pourquoi de tout temps ce représentant, s'il joue le rôle de demandeur, a déduit le droit du *dominus* en justice, et, s'il remplace le défendeur, n'a pas à fournir la *C. J. S.* qui est promise par le *dominus*.

Et les origines de la théorie jurisprudentielle — qui, nous l'avons vu, est au regard du *cognitor* complètement assise vers la fin du I^{er} siècle — doivent être, à notre avis, reportées au début du I^{er} siècle de l'Empire. Il faut, pour les trouver, remonter à ce vif mouvement de jurisprudence qui a suivi la

(1) V. par exemple, *Frag. Vat.*, 317; *D.*, 42, 1, 4, *pr.*, *D.*, 46, 3, 86, etc.

(2) *D.*, 3, 4, 6, 3.

(3) *D.*, 42, 1, 4, 2.

(4) *C. J.*, 5, 39, 1; *D.*, 2, 11, 15; *D.*, 26, 9, 5, 6; 7; *D.*, 42, 1, 4, 1; *D.*, 26, 7, 39, 12; 2, *pr.* V. sur l'interpolation de *D.*, 26, 7, 2, *pr.*, Wenger, *op. cit.*, p. 193 s. Cf. Solazzi Sizo, *Le azioni del pupillo*, *Bull. di d. r.*, 22, 1910, p. 5 s., avec le compte rendu de Debray, *N. R. H.*, 35, 1911, p. 98 s.

(5) *Frag. Vat.*, 331.

grande période d'activité du préteur de la fin de la République. On peut, en faveur de cette localisation, faire remarquer le lien si intime qui unit la *translatio judicii* et l'attribution de l'action *judicati*. Si le *cognitor* peut être par une *translatio judicii* dépossédé de la conduite de l'affaire après qu'il a fait *litis contestatio*, comment n'aurait-on pas aussi cherché à empêcher que les conséquences du jugement de condamnation se produisent en sa personne? L'une et l'autre réformes sont inspirées par les mêmes idées d'équité et d'utilité pratique. Elles doivent avoir été réalisées à des époques sensiblement rapprochées. Mais de ces réformes, qui toutes deux portent atteinte aux droits que le *cognitor* avait comme sujet de l'action, il nous semble que la réforme accomplie par le préteur est la plus ancienne (1).

En tout cas, ce sont là des atteintes très rudes à la règle que le *cognitor* qui a fait *litis contestatio* avec l'adversaire devient grâce au mécanisme de la formule sujet de l'action (2). Cette règle était née du jeu même des principes formalistes et n'était qu'une conséquence du système de la représentation imparfaite en justice, d'après lequel les effets d'un acte

(1) On pourrait être tenté de dire le contraire en pensant que la *translatio judicii* n'est qu'une suite logique du mouvement qui a transporté au *dominus* l'action *judicati*. V. par exemple, Duquesne, *T. J.*, p. 151. Mais il est à remarquer que même auparavant la possibilité d'imposer au *cognitor* le transfert du *judicium* était très utile au *dominus*. Ainsi, si nous nous plaçons au point de vue passif qui a dû être examiné d'abord, le *dominus*, en cas de mauvaise direction du procès, a grand intérêt à remplacer le représentant, car au cas de condamnation il peut toujours être attaqué par l'action née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.* qu'il a fournie : l'adversaire a toujours le choix d'intenter cette action ou l'action *judicati*.

(2) Nous touchons ici à la théorie longuement discutée par les auteurs allemands et connue sous le nom de théorie du *dominium litis* du *cognitor*. Cette dénomination est au reste fort inexacte, puisque jamais dans les sources le *cognitor* n'est appelé *dominus litis*, mais que ce nom est réservé au maître de l'affaire. Il serait préférable de poser la question sous une autre forme : le *cognitor* est-il sujet de l'action? M. Eisele, *Cogn.*, p. 78 s., répond affirmativement, suivi plus ou moins complètement par Fierich,

accompli par un représentant se produisent dans la personne de celui-ci et non du représenté.

Or les résultats auxquels elle aboutissait logiquement furent paralysés ou même modifiés dans la mesure du possible par ces réformes du préteur et de la jurisprudence, qui étaient inspirées par une tendance très nette de se rapprocher de la vraie représentation, la représentation parfaite. Si la formule continue à contenir dans la *condemnatio* le nom du *cognitor*, c'est qu'il ne peut en être autrement. Mais le *dominus* peut dorénavant se faire transférer facilement le *judicium* ou se voir délivrer l'action *judicati*. Ainsi s'explique-t-on que les textes de l'époque classique réservent toujours dans un procès conduit par un *cognitor* le nom de « *dominus litis* » au maître de l'affaire, que ce soit avant la *litis contestatio*⁽¹⁾, ou après la

Zeitschrift de Grünhut, 9, pp. 615-616; Hôlder, K. V. J., 24, p. 23 s., Lenel, Z. S. St., 5, p. 150. *Contra*, Wach sur Keller, R. C. P., p. 308, n. 716 n, suivi par Rümelin, *op. cit.*, pp. 104-110, et dont on peut rapprocher Koschaker, *op. cit.*, pp. 117-150. Une conciliation est tentée par Debray, *op. cit.*, pp. 139-143. — Ce problème n'a qu'une importance purement théorique. Jamais les jurisconsultes romains ne l'ont abordé. Il est certain que pour le résoudre, il importe peu que le *cognitor* ait eu des pouvoirs plus ou moins limités, comme celui de déférer le serment, celui de recevoir un paiement ou non. C'est là une conséquence de la collation de pouvoir qui lui a été faite dans la *datio cognitoris*. Si Paul, D., 46, 3, 86, rattache l'impossibilité de faire un paiement valable au *cognitor* au refus de l'action *judicati*, c'est une simple interprétation par voie d'analogie d'une solution exacte de son temps, mais non un corollaire. La raison profonde en est au contraire encore bien marquée par Isidore de Séville, *Differ.* 18, 1, 123, qui déclare, ayant sans doute puisé à une source ancienne, que le « *cognitor liti tantum dari solet, id est iudicii expediendi gratia* ». Pour résoudre la question de savoir si le *cognitor* est sujet de l'action, il faut seulement s'attacher aux points suivants : à ce fait que le jugement est rendu au nom du représentant, à l'attribution de l'action *judicati* pour ou contre le *dominus*, au procédé de la *translatio iudicii cognitoria*, au transfert du procès, après la mort du représentant, non à son héritier, mais au *dominus*, à la *consumptio* du droit du demandeur par le *cognitor*, laquelle s'explique tout simplement à notre avis par la certitude des pouvoirs du *cognitor* produite par la *datio cognitoris*.

(1) Modestin, D., 46, 7, 10.

litis contestatio, pendant le procès⁽¹⁾, ou bien au moment de la condamnation⁽²⁾, ou encore à l'époque de l'exécution⁽³⁾. Il en résulte que durant cette période le *cognitor* apparaîtra comme un représentant indirect en justice, mais avec des traits caractéristiques de représentant direct. L'institution n'est pas très harmonique, mais dans la pratique elle est d'un emploi commode.

IV. — Enfin en même temps que la jurisprudence améliore le mécanisme technique de la cognitione, elle va aussi élargir sa fonction économique, et les praticiens essaieront de se servir du mandat judiciaire comme d'un procédé destiné à réaliser un transfert d'obligation⁽⁴⁾ ou même de droit sanctionné par une action réelle⁽⁵⁾. C'est dès la fin du 1^{er} siècle que l'existence de cet instrument nous est attestée d'une façon certaine pour la cession de dette par un texte déjà cité du jurisconsulte Plautius, relatif au *cognitor*⁽⁶⁾.

Les praticiens ont découvert très facilement cet instrument. Puisque c'est contre le *cognitor* qu'est délivrée la formule qui ordonne au juge de condamner si le *dominus* est débiteur, et que, la condamnation rendue, on peut lui en réclamer le montant, il suffit, pour obtenir un procédé de cession avantageux, de constituer le cessionnaire de dette mandataire judiciaire sans recours contre le *dominus*, « *in rem suam* ». Le rapport de droit qui unit le *cognitor* au *dominus* est évidemment différent dans le cas de la cognitione *in rem suam* et dans celui de la cognitione ordinaire. Car, tandis que le *cognitor* ordinaire a simplement mandat de représenter quelqu'un en justice et peut recourir contre le *dominus* par l'action de

(1) *C. Th.*, 2, 12, 7.

(2) Ulpien, *D.*, 12, 3, 7.

(3) Ulpien, *D.*, 3, 3, 34, *pr.*; Paul, *D.*, *h. t.*, 30.

(4) Cf. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances*, Paris, 1879, pp. 273-348; Girard, *Manuel*⁴, pp. 728-734; Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 539 s.; Karlowa, *R. R.*, 2, 1, 1901, pp. 1360-1364.

(5) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 296.

(6) Plautius, cité par Paul, *1 ad Plautium*, *D.*, 3, 3, 61 : « *Plautius ait : cognitorem (D. : procuratorem) damnatum non debere conveniri nisi aut in rem suam datus esset...* ».

mandat, le *cognitor in rem suam* est vis-à-vis du *dominus* dans une situation différente. Un témoignage direct en est fourni par un fragment de Paul au livre 8 sur l'édit (1). Les parties intentent en l'espèce les actions nées du contrat spécial intervenu entre elles. Mais les effets de ce lien de droit sont limités aux relations du *cognitor* et du *dominus*. C'est là un arrangement conclu uniquement entre eux. L'adversaire et le magistrat ignorent si le *cognitor* est un *cognitor in rem suam*.

Ce procédé de cession n'est qu'une utilisation du mandat judiciaire, et la meilleure preuve, c'est que, même dans cette hypothèse, le *dominus* continue à fournir la *C. J. S.* (2).

S'il en est ainsi, l'obligation ne sera transmise au cessionnaire de dette que par la *litis contestatio*, car c'est seulement par la liaison de l'instance que le *cognitor in rem alienam* devient sujet de l'action. Et même si, après la *litis contestatio*, une différence de traitement a lieu à certains égards entre le *cognitor in rem alienam* et le *cognitor in rem suam*, elle est, non pas originaire, mais acquise. Elle naît d'une décision de la pratique, et il faut, pour l'admettre un texte probant : c'est ce qui se produit, par exemple, dans le texte de Plautius, où le *cognitor* condamné n'est pas en règle générale poursuivi par l'action *judicati*, sauf par exception s'il est *in rem suam datus*. Et le texte montre nettement que le *cognitor* ne sera attaqué que si sa qualité de cessionnaire de dette est démontrée au cours de la procédure. Le *dominus*, qui déclare en justice que le *cognitor* est un *cognitor in rem suam*, et qui demande que celui-ci soit poursuivi par l'action *judicati*, devra donc prouver qu'il y a eu cession de dette.

Cette institution présente le grand avantage d'éviter un circuit d'actions, dans le cas, par exemple, où la caution constitue comme *cognitor in rem suam* le débiteur principal (3). Mais elle doit être assez rare, car le créancier est libre de ne pas se prêter à la *cognitoris datio* et de ne pas accepter le changement de

(1) D., 3, 3, 42, 2.

(2) D., 3, 3, 42, 2.

(3) D., 3, 3, 42, 2.

débiteur. Enfin ce procédé même de cession n'est pas ouvert aux personnes qui ne peuvent plaider par autrui ou pour autrui (1). Une exception est, il est vrai, admise en faveur des soldats (2) et des femmes (3) par la jurisprudence. Cependant les infâmes ne pourront jamais être *cognitores in rem suam* (4).

(1) Cf. Girard, *Manuel* 4, p. 734, n. 1.

(2) *D.*, 3, 3, 8, 2.

(3) Paul, *Sent.*, 1, 2, 2.

(4) Paul, *Sent.*, 1, 2, 3.

CHAPITRE IV

L'INTERVENTION ET LE RÔLE DU *COGNITOR* DANS LA PROCÉDURE VERS LA FIN DU II^e ET AU DÉBUT DU III^e SIÈCLE.

L'institution de la cogniture est, vers le milieu du II^e siècle, arrivée à son apogée. C'est sous son aspect définitif qu'elle se présente alors. Sa physionomie a perdu certains traits qui résultaient du caractère imparfait de la représentation, et le formalisme primitif de la *datio cognitoris* n'est conservé que dans la mesure où la pratique l'a reconnu utile. Ces perfectionnements expliquent que le plaideur qui désire agir en justice au moyen d'un représentant volontaire constitue ordinairement vers cette époque un *cognitor* (1). C'est donc main-

(1) Certes, le plaideur pourrait charger le *procurator* d'un mandat spécial *ad litem*, mais la procurature n'est pas très employée, vers le milieu du II^e siècle, tout au moins du côté du demandeur, et la meilleure preuve en est que les Institutes de Gaius écrites tout au début de notre période, vers 161, ne mentionnent, 4, 124, que les exceptions *cognitoriae* faute de capacité, et non les exceptions *procuratoriae*. D'ailleurs, à cette époque, la procurature présente des inconvénients. En premier lieu, le *procurator* du demandeur, muni d'un mandat, ne déduit pas le droit du *dominus* en justice et doit toujours fournir la *cautio de rato* (Gaius, 4, 98). Il résulte en effet, croyons-nous, de la comparaison de ce texte avec Gaius, 4, 84, *in fine*, traitant là aussi de la *cautio de rato*, que ce n'est pas seulement dans Gaius, 4, 84, la phrase « *quia saepe mandatum...* », qui est une glose postérieure à C. Th., 2, 12, 3 (en ce sens, Eisele, *Cogn.*, pp. 143-145), mais déjà la proposition « *quamquam et ille cui mandatum est plerumque satisfacere debet* », qui se rapporte uniquement à la *cautio de rato*, est en contradiction avec l'affirmation absolue de Gaius, 4, 98, et ne s'explique que plus tardivement,

tenant le moment d'étudier le rôle du *cognitor* dans la procédure, à l'époque formulaire.

Mais un autre motif nous conduit encore à étudier la cogniture, telle qu'elle existait dans la période qui s'étend du milieu du II^e siècle à la fin de l'époque des juriconsultes classiques (vers 235). C'est qu'en effet la plus grande partie des matériaux que nous possédons sur le *cognitor* se rapportent à ce temps. Qu'il nous suffise de citer les Institutes de Gaius, les Sentences de Paul, la plupart des fragments du Vatican insérés au titre *de cognitoribus et procuratoribus*, les commentaires de Gaius, de Paul et d'Ulpien sur l'édit, les *Responsa* de Papinien, les Pandectes de Modestin, etc. Or les ouvrages de Paul, de Gaius et d'Ulpien forment notre principale source pour le *cognitor*, nous décrivant l'activité judiciaire du

alors que certaines espèces de *procuratores*, auront été distinguées et dispensées de donner caution : la const. d'Antonin le Pieux, a. 150 (*C. J.*, 2, 12, 1) est en effet interpolée (cf. Eisele, *Cogn.*, pp. 149-150). D'autre part, il pouvait arriver que ce fût le *dominus* lui-même qui promit la *cautio de rato* au tiers avec lequel traitait le *procurator*, et cela donnait une grande sécurité au défendeur : n'est-ce pas la situation prévue dans le fr. de Paul, 12 *ad Sab.*, D., 45, 1, D. V. O., 4, 1 *in fine* (Lenel, *Pal.*, 1841); la stipulation dont il est parlé dans la phrase « *quamvis ipse dominus...* » serait alors une stipulation *de rato* simple, sans clause pénale : cf. avec ce texte, Paul, 6 *ad Sab.*, D., 40, 2, *Fam. ercisc.*, 44, 6 (Lenel, *Pal.*, 1740). En ce sens, Debray, le § *Cato*, *Rev. gén. de dr.*, 32, 1908, pp. 239-240. — En second lieu, si le *procurator* agit pour le défendeur, c'est lui-même qui aura à donner la *C. J. S.* (Gaius, 4, 101). — En troisième lieu aucun édit n'existe, qui permette, au moyen d'une simple requête devant le préteur, de transférer le procès d'un *procurator* à un *dominus*; le procédé qui conduit à la *translatio iudicii* est lourd et fort incommode. V. Paul, 5 *ad Plautium*, D., 17, 1, *Mand.*, 45, 1 (Lenel, *Pal.*, 1113), et Ulpien, 31 *ad ed.*, D., h. t., 8, 2 (Lenel, *Pal.*, 908). Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 52 s. — En quatrième lieu, l'exécution du jugement ne peut être poursuivie que contre le *procurator* ou par lui (*Frag. Vat.*, 317). — C'est seulement vers la fin de notre période, au début du III^e siècle, que des réformes importantes seront accomplies dans l'institution de la procurature et que les juriconsultes du temps des Sévères étendront à certains *procuratores*, dont la qualité était hors de doute (*procurator praesentis*, *procurator apud acta factus*), divers avantages dont jouissait le *cognitor*.

cognitor d'une façon très complète, et, pourrions-nous ajouter, d'une manière identique, puisque l'institution, déjà fixée vers le milieu du ^{II}^e siècle va, à part quelques retouches de détail, rester invariable.

A l'aide de ces documents, nous retracerons l'ordre d'un procès dirigé par un *cognitor*, en insistant sur les particularités qu'amène l'intervention du *cognitor*. Son rôle est dans les grandes lignes identique, qu'il s'agisse du *cognitor* ordinaire, *in rem alienam*, ou même du *cognitor in rem suam datus*.

C'est qu'en effet la cogniture est employée pour réaliser une transmission d'obligation, ou, plus exactement pour atteindre un résultat pratique équivalent. Au ^{II}^e siècle, l'emploi de ce procédé nous est attesté, non seulement pour la cession de dette (1), mais encore pour la cession de créance. A côté de la cession de dette d'un emploi peu fréquent (2), les praticiens ont imaginé, pour transférer une créance, de constituer le cessionnaire *cognitor*, mais avec dispense de rendre compte, *in rem suam*, en sorte qu'il exerce la créance du cédant, *ex persona domini*, sans dépendre de la bonne volonté du cédé, qu'on peut forcer, par certains moyens, de défendre au procès (3). Et ce procédé est tout à fait courant à l'époque de Gaius, qui ne parle même, 2, 39, que de la cession de créance : « *Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri* ».

(1) Il est à remarquer que la question a d'abord dû être examinée au point de vue passif. V. *suprà*, p. 89 s.

(2) Cette institution n'a pas motivé de développement juridique : ainsi, on n'a jamais admis ici le système des actions utiles, en faveur de l'acheteur d'hérédité (C. J., 4, 39, *De her. v. act. vend.*, 2). Cf. Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 540, n. 5; Girard, *Manuel*⁴, p. 734, n. 6.

(3) V. par ex., *Frag. Vat.*, 260 (Papinien, 12 *Resp.*) : « *Filius emancipatus... debitores convenire non potest..., si non sit in rem suam cognitor datus* ». Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 730; Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 539 s. — La cession de créance a certainement commencé à se réaliser au moyen de la cogniture, et non au moyen de la procurature, car la nécessité pour le *procurator* de fournir la caution de *rato* était une entrave très gênante. Cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 70.

Au reste, si le *cognitor* a été constitué cessionnaire de créance, c'est là la conséquence d'un arrangement intervenu uniquement entre le *cognitor* et le *dominus* (1). Un témoignage direct en est fourni par un fragment d'Ulpien, au livre 8 sur l'édit (D., 3, 3, 25); si le *cognitor* d'un demandeur s'oppose à une *translatio iudicii* et fait observer au magistrat, dans la *causae cognitio*, qu'il est *in rem suam datus*, il devra prouver sa qualité de cessionnaire de créance, « *hoc probaverit* ». C'est donc que la formule de *cognitoris datio* prononcée par le *dominus* est identique dans le cas de cogniture *in rem suam* et dans celui de cogniture *in rem alienam*, et que l'adversaire et le magistrat ignorent si le *cognitor* est un *cognitor in rem suam*. Ce procédé de cession est une simple utilisation d'une institution existante qui, à moins de modifications opérées par le droit impérial, va produire ses effets ordinaires (2). Il y aura donc des règles uniformes pour le représentant en justice et pour le cessionnaire de créance. Par conséquent, le droit n'est transféré au cessionnaire que par la *litis contestatio*. Mais, jusqu'à la *litis contestatio*, qui ne peut avoir lieu qu'à l'échéance de la créance, la situation du *cognitor in rem suam* demeure tout aussi précaire que celle du *cognitor in rem alienam* : le *dominus* reste titulaire de la créance, libre d'en disposer ou de révoquer le *cognitor* (3). Pour remédier à cet inconvénient, le droit impérial devra, d'une part, instituer des actions utiles en faveur du cessionnaire qui n'a plus ou qui n'a pas les actions du cédant comme actions *mandatae* (4), et,

(1) Cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 144.

(2) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 731. *Contra*, Gide, *op. cit.*, p. 287 s.

(3) V. par ex. Julien, 25 *Dig.*, D., 18, 4, *De her. vend.*, 19; Hermogénien, 2 *Jur. epitom.*, D. h. t., 23, 1.

(4) Ulpien, 4 *ad ed.*, D., 2, 14, *De pact.*, 16, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 251) : « *Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversum venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest* ». Il résulte de ce texte que,

d'autre part, permettre au cessionnaire de s'assurer dès avant

si une vente d'hérédité a été faite et que l'acheteur ait consenti un pacte de remise de dette à un débiteur de la succession, le vendeur, qui voudra postérieurement poursuivre ce débiteur de l'hérédité, sera alors repoussé par une exception de dol. Et cette décision d'Ulpien est appuyée sur un rescrit d'Antonin le Pieux qui a donné à l'acheteur d'une hérédité des actions utiles. En l'espèce, le cessionnaire n'avait pas les actions du cédant comme actions *mandatae*; aussi le droit impérial lui a-t-il accordé des actions utiles. Mais de quelle exception de dol s'agit-il? Dans le passage du livre 4 sur l'édit d'où est tiré ce fragment, Ulpien parcourt les divers cas où un pacte peut être opposé aux tiers sous forme d'exception de dol. Il est question dans notre texte, comme on peut le voir en lisant les divers fragments de Paul et d'Ulpien, *D. h. t.*, 10-16, de l'exception de dol subsidiaire de l'exception de pacte (cf. Ulpien, 4 *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 10, 2). L'opinion différente soutenue par Gide, *op. cit.*, pp. 357-358, s'explique par ce fait que cet auteur supposait l'existence de règles différentes pour le *cognitor in rem suam* et pour le *cognitor in rem alienam*, et croyait que le premier avait des droits moins fragiles que le second. Or les différences qu'il peut y avoir sont non pas originaires, mais acquises. Le droit pour l'*emptor hereditatis* de consentir un pacte de remise de dette à un débiteur de l'hérédité, et par suite la possibilité pour ce débiteur d'opposer une exception de dol au vendeur de l'hérédité si celui-ci le poursuit, sont rattachés par Ulpien à la concession d'actions utiles faite à l'acheteur par Antonin le Pieux. Dans notre texte, le pouvoir de l'*emptor hereditatis* vient donc d'un rescrit impérial qui a modifié le droit existant en faveur d'une variété de cessionnaire de créance, et sous l'influence de ce qui se produisait déjà dans la matière voisine des fidéicommiss d'hérédité. Car, il importe de ne pas l'oublier, le vendeur d'une hérédité ne peut pas déplacer sa qualité d'héritier, il peut seulement en faire passer les résultats sur la tête de l'acheteur (cf. Girard, *Manuel*¹, p. 352, n. 3). Et, quant aux créances, il devra les transmettre par les procédés habituels de cession de créance et en particulier par le mandat *ad litem* réalisé par une *litis contestatio*. L'*emptor hereditatis* agira *cognitorio* ou *procuratorio nomine*. Le fr. 16 s'interprète fort bien, si l'acheteur est ici un *cognitor in rem suam* : comme il a les actions utiles, il peut faire avant la *litis contestatio* un pacte opposable au *dominus*, c'est-à-dire au vendeur de l'hérédité (cf. avec ce texte, la solution très brève de Paul, 3 *ad ed.*, *D. h. t.*, 13, 1 (Lenel, *Pal.*, 125). — Le système des actions utiles est également invoqué par Ulpien, 65 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 35 (Lenel, *Pal.*, 1446), pour écarter le droit qu'a le *dominus* de révoquer avant la *litis contestatio* les pouvoirs de son *cognitor*, même *in rem suam*.

la *litis contestatio* le bénéfice exclusif de la créance par une signification de la cession au débiteur cédé (1). Mais, à notre époque, cette réforme n'a été accomplie qu'en faveur d'une variété de *cognitor in rem suam*, l'acheteur d'une hérédité (2).

Les particularités de la cogniture *in rem suam* étant très légères, il nous suffira de les signaler quand elles se produiront, et c'est pourquoi nous ensermerons dans un même chapitre l'étude du *cognitor in rem alienam* et celle du *cognitor in rem suam*. Nous rechercherons en premier lieu comment un plaideur constitue un *cognitor*. Nous serons amené à examiner ensuite quel rôle le *cognitor* une fois constitué joue dans la pro-

(1) Papinien, 2 *Quaest.*, D., 2, 15, *De transact.*, 17 (Lenel, *Pal.*, 72) : « *Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit : si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est...* ». Il s'agit ici d'un débiteur héréditaire qui, ayant conclu une transaction avec le vendeur de l'hérédité, veut opposer ce pacte à l'acheteur. Il ne le pourra, dit le jurisconsulte, que si, au moment du pacte, il ignorait la vente de l'hérédité ; l'exception *transacti negotii* lui sera alors accordée à cause de sa bonne foi ; c'est donc qu'en principe elle lui est déniée, et que le débiteur qui a eu connaissance de la cession de créance ne pourra plus transiger avec le vendeur de l'hérédité ; dès ce moment, et sans qu'il ait à faire la *litis contestatio*, le cessionnaire a le bénéfice exclusif de la créance. Le plus souvent, le débiteur cédé sera averti de la cession par le cessionnaire, qui lui manifestera sa volonté de l'avoir pour débiteur, puisque le cessionnaire, en signifiant au débiteur la cession, s'assure par là le bénéfice de la créance. Mais, le texte ayant une portée très large, il semble même que le débiteur ne puisse faire valablement un pacte avec le cédant, s'il a eu connaissance de la cession par d'autres voies : c'est du reste là une solution propre à la vente d'hérédité, car la réforme générale attribuée à Gordien (*C. J.*, 8, 41 (42), *De nov.*, 3) exige que le cessionnaire qui veut s'assurer le bénéfice exclusif de la créance fasse connaître la cession au débiteur cédé. La cession de créance se réalise donc maintenant par une convention de cession, suivie de signification, après laquelle le cédant n'a plus son action, et le cessionnaire l'a comme action utile. Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 733.

(2) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, pp. 732-733.

cédure. Il nous restera enfin à examiner comment se fait le règlement de compte entre le *cognitor* et le *dominus*.

I. — LA CONSTITUTION DU *COGNITOR*.

La découverte des Institutes de Gaius au début du xix^e siècle a fourni une information capitale sur la *cognitoris datio*. C'est qu'en effet, pour cette question, la source essentielle est un passage de Gaius, 4, 83, dont on peut rapprocher la paraphrase de Gaius contenue dans le ms. d'Autun et retrouvée en 1898, Gaius d'Autun, 4, 91, 92, 93. Nous pouvons encore y ajouter les Fragments du Vatican, 318, 349, 329, et certains textes épars dans le Digeste, au titre de *procuratoribus et defensoribus*. Nous étudierons : en premier lieu, la forme de la constitution d'un *cognitor*; en second lieu, ses effets.

I. — A l'époque classique, la constitution d'un *cognitor* se réalise par la *cognitoris datio*, à laquelle vient s'adjoindre un rapport contractuel entre le *dominus* et le représentant. Nous nous occuperons successivement de la *cognitoris datio* et du rapport de droit qui unit le représentant et le représenté.

1. — En ce qui concerne l'étude de la *cognitoris datio*, nous aurons à rechercher d'abord comment elle se réalise, ensuite à quel moment de la procédure elle est faite, et enfin si elle a lieu *in jure* ou *extra jus*.

a) La *datio cognitoris* consiste en une formule sacramentelle prononcée en présence de l'adversaire par le maître de l'affaire, et dans laquelle il se substitue un représentant pour un procès qu'il doit engager ou soutenir (1). Le représentant peut aussi être constitué pour plusieurs affaires (2). Il est à remar-

(1) Cf. sur le droit du fils de famille de constituer un *cognitor*, là où il peut *suo nomine agere*, au cas d'action d'injures par exemple, Ulpien, D., 3, 8, *pr.* (Lenel, *Pal.* 305) et D., 47, 10, *De inj.*, 17, 19 et 20 (Lenel, *Pal.*, 1365).

(2) Africain, 6 *Quaest.*, D., 3, 3, 78, 1 (Lenel, *Pal.*, 57) : « *Ad duas res petendas cognitor* (D. : *procurator*) *datus* ». Cf. Wlassak, *op. cit.*, p. 24. -- Cf. sur le rôle du *cognitor* constitué pour le *judicium communi dividundo*,

quer que, s'il est constitué pour une action déterminée, il a la faculté d'intenter l'action qui est le moyen préliminaire de ce procès (1). Dans la *cognitoris datio* le *dominus* donne donc plus ou moins de jeu à son *cognitor*. Cette formule de constitution n'est pas prononcée nécessairement par le *dominus* en présence du magistrat, car Gaius si explicite n'en fait pas mention (2). Peu importe aussi que le *cognitor* soit ou non présent à sa constitution (3); c'est là du reste une conséquence de l'origine archaïque de la *cognitoris datio* et de sa raison d'être primitive.

Née dans l'ancien droit civil formaliste, la *datio cognitoris* a conservé à l'époque classique les traits caractéristiques d'un acte solennel, et c'est pourquoi elle ne comporte, ni l'insertion d'une condition (4), ni celle d'un terme (5). Pourtant, la

Ulpien, *D.*, 3, 3, 15, 1, et sur l'impossibilité où sont plusieurs héritiers intentant cette action de constituer un seul *cognitor*, Paul, *D.*, 3, 3, 42, 6. — Cf. encore sur la question de savoir si on peut constituer un *cognitor* dans certaines actions (*D.*, 3, 3, 42, *pr.*, 1, 3, 4, 5) (*D.*, 47, 10, 11, 2), et en particulier dans les actions populaires et à quel moment (*D.*, 3, 3, 42, *pr.*; *D.*, 47, 23, *De pop. act.*, 5; *Frag. Vat.*, 340 a). — Enfin il est à remarquer que plusieurs *cognitores* peuvent être constitués solidairement ensemble pour la poursuite d'un droit : cf. Paul, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 32 (Lenel, *Pal.*, 165). La situation de celui qui agit le premier est la meilleure, suivant le principe qui est indiqué aussi dans l'espèce proposée par Ulpien (*D.*, 9, 4, 14, *pr.*).

(1) Ulpien, 66 *ad ed.*, *D. h. t.*, 56 (Lenel, *Pal.*, 1457). Rien n'empêche de croire que ce texte se soit rapporté originairement au *cognitor*. C'est surtout dans le cas où le représentant est constitué par un acte formel d'interprétation stricte, qu'il est naturel que le jurisconsulte se pose la question traitée dans notre texte. Il est plus difficile de rapporter au *cognitor* l'espèce prévue par Pomponius, 2 *ex Plautio*, *D. h. t.*, 62 (Lenel, *Pal.*, 330). La décision s'explique à merveille s'il s'agit d'un *procurator* mandataire. Sur ces divers points, cf. Wlassak, *op. cit.*, p. 23, n. 15.

(2) En ce sens, Girard, *Org. jud.*, t, p. 192, n. 2 et *Manuel*⁴, p. 1020, n. 1; Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, p. 418, n. 51. *Contra*, Debray, *op. cit.*, p. 106.

(3) Gaius, 4, 83; Paul, 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 2, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 163). Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 44.

(4) *Frag. Vat.*, 329.

(5) Arg. a *contrario* d'Ulpien, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 3 (Lenel, *Pal.*, 320).

rigueur des formes s'est atténuée, à l'époque de Gaius et surtout à celle de Paul et d'Ulpien, par un phénomène d'effacement qui est dans la nature des choses; il est arrivé que la prononciation par le *dominus* des paroles sacramentelles n'est plus exigée à peine de nullité. Les paroles latines peuvent être remplacées par des termes grecs (1). L'addition ou la suppression d'un mot dans le corps de la formule ne rend plus nulle la *datio* (2). Ce progrès est l'œuvre de la jurisprudence qui a essayé d'assouplir la *cognitoris datio*; et, si elle a conservé l'exigence des *certa verba*, c'est moins par égard pour la tradition que pour cette raison que les *certa verba* offrent à l'adversaire des garanties de précision, de certitude et de publicité, lui permettant de considérer le *cognitor loco domini* (3). Créées par le formalisme, les paroles solennelles ont été conservées à l'époque classique dans un but d'utilité pratique. De là vient que Gaius nous a cité ce formulaire qui continue à servir de son temps.

b) Il faut maintenant nous demander à quel moment de la procédure a lieu la *cognitoris datio*. Ceci nous conduit à étudier les deux formules de *cognitoris datio* que mentionne Gaius, et à rechercher la différence de portée de ces deux formules : nous verrons en effet que le *dominus* emploie selon le degré d'avancement de la procédure, tantôt l'une, tantôt l'autre.

Des deux formules que rapporte Gaius, la première est citée entièrement (4), tandis que la seconde est à compléter comme on peut s'en convaincre par la lecture du Gaius d'Autun, 4, 91, qui nous donne le modèle complet du second type de formules (5).

(1) *Frag. Vat.*, 319.

(2) *Frag. Vat.*, 318.

(3) Gaius, 4, 97.

(4) Gaius, 4, 83 : « *Nam actor ita cognitorem dat : quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do ; adversarius ita : quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do* ».

(5) Gaius, 4, 83 : « *Potest ut actor ita dicat : quod ego tecum agere volo,*

La structure de ces deux formules est d'ailleurs identique. Si, à la suite de Ihering⁽¹⁾, nous séparons de la partie concrète d'une formule sacramentelle la partie fixe, celle-ci, dans la *datio cognitoris*, va comprendre les mots : « *Quod (quia)...*, *in eam rem [L. Titium] tibi cognitorem do* ». La partie variable de la formule est donc seule différente, et les blancs de cette partie sont remplis de deux manières par Gaius. Le jurisconsulte se sert tantôt des termes « *fundum peto* », tantôt des mots « *agere volo (de illo fundo)* ». La première expression, comme sans doute la seconde, n'est citée par lui qu'à titre d'exemple⁽²⁾. C'est donc que vraisemblablement d'autres termes analogues quant au sens peuvent être employés. Mais, remarquons-le, ces exemples sont très fréquents dans la pratique, et les textes du Digeste nous parlent, soit d'un *cognitor ad petendum*⁽³⁾, soit d'un *cognitor ad agendum*⁽⁴⁾. Le *cognitor*, selon les circonstances, est constitué au moyen de l'un ou

in eam rem cognitorem do, adversarius ita : quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do ». — Gaius d'Autun, 4, 91 : « *Cognitor... a praesente praesenti datur hoc modo : si velim dare te mihi fundum* (selon nous, il faudrait plutôt : *cognitorem*), *ita dico : quod tecum agere volo de illa re, hoc est illo fundo, in eam rem do tibi, cognitorem illum Gaium Seium, aut si reus velit dare cognitorem : quod tu mecum agere vis, in eam rem do tibi cognitorem illum Gaium Seium* ». — Cf. Karlowa, *Legisaktionen*, p. 359, n. 2; Eisele, *Cogn.*, p. 28; Wlassak, *op. cit.*, pp. 3-4, p. 21.

(1) De Ihering, *L'espr. du dr. rom.*, 3, § 54, pp. 279-280.

(2) Wlassak, *op. cit.*, p. 7.

(3) Africain, 6 *Quaestionum*, D., 3, 3, 78, 1 (Lenel, *Pal.*, 57) : « *Ad duas res petendas cognitor* (D. : procurator) *datus* »; Ulpien, 66 *ad ed.*, D., h. t., 56 (Lenel, *Pal.*, 1457) : « *Ad rem mobilem petendum datus cognitor* (?) (D. : procurator) »; Pomponius, 2 *ex Plautio*, D., h. t., 62 (Lenel, *Pal.*, 330) : « *Ad legatum petendum procurator* (?) *datus* »; Ulpien, 22 *ad ed.*, D., 42, 2, *De jurej.*, 9, 6 (Lenel, *Pal.*, 671) : « *Datus ad petendum cognitor* (D. : procurator) ».

(4) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., h. t., 8, pr.; 15, 1 : « *Cognitor* (D. : procurator) *ad agendum datus* ». Ulpien, 8 *ad ed.*, D., h. t., 8, pr.; 15, 1; Paul, 8 *ad ed.*, D., h. t., 42, 5; D., 47, 23, 5 (Lenel, *Pal.*, 166); *Frag. Vat.*, 317; Modestin, 4 *Pand.*, D., 46, 7, 10 (Lenel, *Pal.*, 111) : « *Cognitor* (D. : procurator) *ad defendendum datus* ». Ulpien, D., h. t., 8, pr.; Paul, D., h. t., 42,

de l'autre type de formules, sans que, du reste, de la place des deux formules, on puisse sûrement conclure à l'antériorité de l'une sur l'autre (1).

Gaius, en donnant ces deux formules, établit donc une différence de portée entre elles. Et, les deux formules ayant une structure identique et dérivant probablement d'un type unique originaire, il est vraisemblable que cette divergence n'est pas très grande. Par conséquent, l'importance de ce problème pour l'histoire de la cognition est bien moins considérable que ne le supposent la plupart des interprètes (2). Cette question mérite pourtant une étude particulière. C'est le moment de la tenter, et de nous demander, tout en reconnaissant que les mots « *ego a te fundum peto et ego tecum (de illo fundo) agere volo* » sont employés à titre d'exemples, quelles indications on peut en déduire.

Diverses conjectures ont été proposées. Mais il paraît difficile de croire que la nature de l'action intentée ait déterminé le choix entre les deux formules (3), et, depuis la découverte

1 : « *Ad injuriarum actionem cognitorem* (D. : procuratorem) *dare* ». Ulpien, *D., h. t.*, 15, 1 : « (*Cognitor*) *ad communi dividundo judicium datus* ». Paul, *D., h. t.*, 42, 4 : « *Dare cognitorem* (D. : procuratorem) *ad Servianam* ». Ulpien, 65 *ad ed.*, *D., h. t.*, 55 (Lenel, *Pal.*, 1446) : « *Procuratori (?) in litem movendam* ».

(1) *Contra*, Eisele, *Cogn.*, p. 29 et *Beitr.*, p. 96 s., p. 141 s., et Wlassak, *op. cit.*, p. 27, p. 38 s. — A notre avis, s'il est vrai que Gaius, de deux formules, mette quelquefois la plus ancienne en tête, par ex. 2, 147, 2, 201 et 1, 149, il arrive fréquemment aussi qu'il donne d'abord la plus courante et ajoute la variante, sans qu'il soit question de leur ancienneté, par ex. 1, 152, 2, 104, 2, 127, 2, 186. Il y a plutôt, selon nous, une appropriation d'une formule unique à des situations de fait différentes, d'où résultent seulement de légères modifications de forme.

(2) Cf. par ex. Eisele, *Cogn.*, p. 28 s., et Wlassak, *op. cit.*, p. 25 s., dans un sens différent du nôtre.

(3) Selon Savigny, cité par Huschke, *Z. G. R. W.*, 13, 1845, p. 306, *petere* aurait désigné une action *in rem*, et *agere* une action *in personam*. La première paire de formules aurait alors servi quand il s'agissait de nommer un *cognitor* dans une action *in rem*, la seconde dans une action personnelle. — Pour réfuter cette théorie, il suffit de remarquer que les termes des

de Gaius d'Autun, 4, 91, qui donne le modèle de la seconde formule en y mentionnant le fondement de la plainte, il n'est pas aisé d'expliquer la divergence des formules par la précision plus ou moins grande des pouvoirs conférés au *cognitor*, ni de dire que la première formule s'exprime en termes spéciaux, la seconde en termes généraux (1). Une troisième conjecture est plus admissible : d'après cette opinion, le plaideur emploie l'une ou l'autre formule selon le degré d'avancement de la procédure. Encore est-elle susceptible de nuances.

α) En ce qui concerne la première formule, divers auteurs ont prétendu, en s'appuyant sur certaines sources dans lesquelles *petere* correspond exactement à l'expression *litem contestari* et désigne le fait de lier le procès, que la première formule aurait été prononcée par le constituant au moment même où il faisait *litis contestatio* avec son adversaire ou lorsqu'il l'avait faite (2).

Cette opinion ne nous semble pas exacte. Certes le terme *petere* a souvent le sens de *litem contestari* (3). Mais, lorsqu'on

formules ne sont que des exemples, et que dans des textes du Digeste, *D.*, 12, 1, 31; *D.*, 44, 7, 28, etc., *petere* désigne fort bien l'action personnelle.

(1) Cette opinion émise par Keller, *R. C. P.*, § 52, n. 615, a été en général acceptée par la plupart des auteurs : cf. par ex. Drewcke, *De cogn.*, p. 6.

(2) D'après Huschke, *Richter's Krit. Jahrbücher für d. R. W.*, 4, 1840, p. 492 et *loc. cit.*, p. 307, le *cognitor*, par la première formule, serait constitué à propos d'une demande pendante, quand on s'est déjà présenté devant le prêteur et probablement quand on fait la *litis contestatio* avec son adversaire; par la seconde, il serait donné à propos d'une demande qui était seulement à former, lorsqu'on n'avait pas encore paru devant le prêteur et que le *cognitor* devait remplacer le *dominus* déjà *in jure*. Son opinion est suivie par Eisele, *Cogn.*, pp. 30-31, développée, précisée et admise dans ses grandes lignes par Wlassak, *op. cit.*, p. 27, pour qui la première formule est prononcée au moment de la *litis contestatio*, accordant au *cognitor* simplement la conduite du procès *in judicio*, tandis que la seconde l'est *in jure* avant la *litis contestatio* et permet au représentant de lier le procès avec l'adversaire. Cf. encore en ce sens, Rümelin, *Stellvertr.*, pp. 85, 90, n. 1.

(3) Il est certain que *petere* correspond quelquefois à *litem contestari*, et, souvent même dans ce sens, il est employé sans complément. V. par ex.

place la constitution du *cognitor* au moment de la *litis contestatio* en prenant *petere* dans ce sens technique, on aboutit par le fait à assigner au *cognitor* uniquement un rôle dans la procédure *in judicio* ⁽¹⁾, tandis que les sources de l'époque classi-

Cicéron, *Pro Roscio com.*, 18, 53; *D.*, 46, 8, 15; *D.*, 44, 1, 23, où Paul déclare que celui qui « *statuam petere vult* » doit être repoussé par une *praescriptio* (Par contre, Africain, *D.*, 44, 1, 16, dans une situation identique, s'exprime ainsi : « *Si eam petat...* »). C'est M. Wlassak, qui a dégagé cette signification capitale du terme *petere*, les exemples qu'il en a donnés dans *Litiscontestatio*, p. 42, *R. P. C.*, 2, p. 14, et *Cogn.*, pp. 12-17, suffisent. On conçoit au reste merveilleusement que *petere* ait fini par correspondre dans quelques sources à *litem contestari*, si l'on observe que c'est précisément à ce moment que la demande en justice contenue dans l'*intentio* de la formule est cristallisée par l'acceptation des deux parties. Les objections de M. Eisele, *Beitr.*, p. 100 s., p. 151 s., contre la thèse de M. Wlassak, ne sont pas concluantes. La théorie de M. Wlassak est du reste loin d'être inconciliable avec celle de M. Eisele, *loc. cit.*, prétendant que *petere* désigne techniquement la phase de l'instance qui suit la *litis contestatio*, la phase *in judicio*. M. Eisele invoque surtout des textes où le mot *petere* est employé à un temps passé. Or, lorsque la *litis contestatio* a eu lieu, ne se trouve-t-on pas dans la *phase in judicio* et ne dira-t-on pas de l'objet du procès qu'il est *petitum*? — Mais en ce qui concerne le mot *petitio*, nous sommes peu enclins à adopter la conjecture qu'Eisele, *Cogn.*, p. 33 s. a proposée au sujet de l'expression *actio petitio persecutio*, que l'on trouve dans des dispositions législatives, dans l'*Auct. ad Herenn.*, 2, 12, 18, dans des fragments de jurisconsultes, Ulpien, *D.*, 50, 16, 49; 178, 2; Julien, *D.*, 46, 8, 23; Florentinus, *D.*, 46, 4, 18, 1 (= *Inst.*, 3, 29, 2), Papinien, *D.*, 44, 7, 28, etc. Cet auteur pense que les trois termes désignent la même action aux trois phases de sa vie procédurale depuis le moment où elle naît jusqu'à l'exécution de la sentence, le mot *actio* se rapportant à la période antérieure à la *litis contestatio*, le mot *petitio* à la phase où le *judicium* a été *acceptum*, et le terme *persecutio* à la phase de l'exécution. Et ce système a été admis par Heumann-Seckel, *Handlexicon*, 1907, v° *persecutio*, p. 424. Mais il n'explique pas pourquoi Papinien et Ulpien ont donné chacun de leur côté à cette formule tripartite une interprétation différente de celle proposée par M. Eisele et qui aurait dû encore être vraie de leur temps. Peut-être serait-il préférable d'admettre que l'énumération tripartite a été placée dans ces actes judiciaires ou extrajudiciaires et ces dispositions législatives pour désigner le droit sous sa forme litigieuse qu'une personne possède sur une chose. Cf. Mitteis, *R. P. R.*, 1, pp. 89-91.

(1) De là vient que M. Wlassak, *Cogn.*, p. 25 s., distingue le *cognitor*

que ne connaissent qu'une seule espèce de *cognitor* qui a pour mission d'*alieno nomine litem contestari*, et qu'en ce qui concerne l'époque antérieure rien ne nous autorise à croire que le *cognitor* ait été restreint à la phase du *judicium*. Les difficultés que rencontre dans son application cette thèse suffisent à montrer la fragilité d'une théorie basée presque uniquement sur le sens du mot *petere*, alors que cette expression a des significations variables.

C'est qu'en effet il arrive parfois que le mot *petere* soit pris dans un sens plus large et veuille simplement dire demander. C'est avec ce sens large qu'est employée l'expression *petere* dans l'édit publicien, et dans une série de fragments de jurisconsultes ⁽¹⁾. N'est-ce pas, au reste, la définition d'Ulpien : « *Postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non*

« zur Processführung » constitué par la première formule de *cognitoris datio*, et le *cognitor* ordinaire « zur Begründung des Streits », constitué par la seconde.

(1) Outre son sens étroit, l'expression *petere* a aussi et en premier lieu un sens beaucoup plus large, correspondant au mot demander. Ainsi en est-il dans la loi Rubria, c. 21 et c. 22, dans le fragment d'Este, ll. 7 et 8, dans Val. Max., 8, 2, 2 : « *Agere capit nummos petendo* », dans le *Pro Quinctio* de Cicéron, c. 13 : « *Pecuniam petit... judicium fiat* », dans le contenu de l'édit publicien : « *Si quis id... petet, judicium debo* », dans l'usage d'appeler la réclamation d'une hérédité *petitio hereditatis*, dans les *Inst.* d'Ulpien, fr. 4 de Vienne : « *Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec iis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem* », où le jurisconsulte distingue nettement la demande en justice faite au début de la phase *in jure* et la *defensio in jure* qui comprend la promesse d'une *cautio* s'il y a lieu et l'acceptation du *judicium*, dans Gaius, 4, 95, 116, 117, 117 a : « *Si fundum a possidente petas, opponitur tibi exceptio* » ; 126, etc., et dans divers fragments du Digeste, tels que D., 2, 13, 2 : « *Si legatum petatur, non jubet praetor...* », D., 2, 14, 33 ; 51 ; D., 3, 3, 78, 1 ; D., 5, 1, 50, pr. ; D., 5, 3, 4 ; D., 6, 1, 6, pr. ; 72 ; D., 6, 2, 3, 1 ; D., 13, 3, 1 : « *Si certum petetur...* » ; D., 17, 1, 5, 3 : « *Si... petam fundum, non obstat mihi exceptio* » ; D., 19, 1, 25 : « *Adversus eum petentem pretium, exceptione uti poterit* » ; D., 42, 5, 12, pr. ; D., 44, 1, 6 ; 18 : « *Fundi... partem a te peto et volo simul judicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice... quaesitum est an exceptio quod praedictum fundo partive ejus non fiat obstat...* » (l'exception dont il est question dans le texte et que le plaideur opposerait au

alibi (1) »? Et cette signification de *petere* = *postulare* ne nous semble pas différente du sens large de *petere* (2). L'expression *petere* désignera le fait de proposer sa demande, et ici, il s'agira de la demande en justice.

Du reste, il est d'évidence qu'au début de la phase *in jure* le premier acte d'un plaideur est de manifester ses prétentions. Le plaignant doit exposer sa demande et réclamer du magistrat telle ou telle action. Or, s'il est question d'un litige portant sur un fonds de terre, sur un esclave, sur une somme d'argent, le demandeur ne peut s'exprimer que de la façon suivante : « *ego a te fundum peto, hominem, certam pecuniam* » et il ajoute : « *postulo ut praetor actionem det* ».

Nous pouvons donc conclure que la signification de *petere* est variable et doit être examinée par rapport au contexte. Or, dans notre hypothèse, la tournure de la phrase et le fait que le verbe *petere* est à un temps présent nous permettent de croire qu'il s'agit de la demande en justice faite par le plaideur au début de la phase *in jure*. La première formule serait donc employée par le *dominus*, lorsqu'il constitue un *cognitor* au moment même où sont examinées les conclusions des plaideurs. C'est la solution la plus conforme aux textes et la plus naturelle.

demandeur *in jure* est une exception qui n'a sa raison d'être que si le *judicium* est *futurum*, c'est donc la preuve que quand le demandeur emploie la formule *fundi partem a te peto*, la *litis contestatio* n'a pas encore eu lieu et qu'il s'agit de l'exposé de la demande fait au début de la phase *in jure*; D., 44, 1, 13; 16, etc. D'autre part, au titre *De verb. oblig.* (D., 45, 1), *petere* est souvent employé pour désigner une demande amiable. Du reste, les exemples de *petere* = demander pourraient être multipliés, nous n'en citons que quelques-uns choisis parmi les plus typiques.

(1) Ulpien, 1 *ad ed.*, D., 39, 2, *De damno inf.*, 4, 8 (Lenel, *Pal.*, 184). Cf. Ulpien, 6 *ad ed.*, D., 3, 1, *De postul.*, 1, 2 (Lenel, *Pal.*, 374) : « *Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni praeest, exponere* ». Pernice rapporte avec raison ces deux textes à la procédure formulaire, Z. S. St., 14, 1893, p. 153, n. 2.

(2) Cf. Wlassak, Z. S. St., 25, 1904, p. 170, n. 2, qui invoque des motifs peu probants donnés, v° *Cognitio*, Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 4, 1901, p. 216.

β) En ce qui concerne la seconde formule, il est évident qu'elle a été prononcée par le constituant, avant qu'il fasse *litis contestatio* avec son adversaire et quand il veut déjà se faire représenter *in jure*. On peut seulement se demander quel est dans notre hypothèse le sens exact du mot *agere*. Tantôt il a une portée restreinte et correspond à *litem contestari* (1), tantôt il a le sens plus vague et plus large d'ester en justice, de soutenir un procès *in jure* et *in judicio*, comme dans les expressions *agere injuriarum cum aliquo furti agere, cum aliquo agere volo* (2). De même, lorsque le demandeur, dans un fr. d'Ulpien, qui a trait à l'*editio* extrajudiciaire de l'action, déclare : « *volo actione agere...* », il est certain que les mots *agere, ad agendum* sont employés dans ce sens très large, embrassant tout le procès (3). C'est encore la significa-

(1) Le sens étroit du mot *agere* a été fort bien mis en lumière par Wlassak, *Litiscontestatio*, p. 41; R. P. G., 2, 29, et *Cogn.*, pp. 7-12. Adde ses articles v° *agere*, v° *actor*, dans Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 1894, p. 326 s.

(2) Le sens large d'*agere* = ester en justice est admis par Lenel, Z. S. St., 15, 1894, p. 336, par Wlassak, *loc. cit.*, et Z. S. St., 23, 1904, p. 170, n. 2, par Wenger, v° *formula*, Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 6, 1909, p. 2861, etc. V. le relevé des textes où ce mot se trouve employé, au v° *ago*, *Vocabularium jurisprudentiae romanae*, 1, 1898, pp. 318-319. La lecture des sources montre qu'*agere* désigne souvent le fait d'intenter un procès et se rapporte à l'instance en justice, comprenant en premier lieu la phase *in jure*. Il en est ainsi dans l'expression : « *Agam tecum pro socio* » (D., 17, 2, 39; Gaius, 4, 126, etc.), dans le texte de la *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19 : « *M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, judicium reddidit* », dans Val. Max., 8, 2, 2 : « *Agere coepit nummos petendo* », et dans l'expression « *agere volo* » : D., 2, 11, 10, 2; D., 2, 13, 1; D., 4, 6, 26, 6, 7; D., 4, 7, 12; D., 14, 3, 12; D., 14, 4, 9; D., 12, 1, 9, 1; D., 16, 1, 31; D., 3, 3, 34; D., 4, 4, 45; D., 2, 14, 30, pr.; D., 26, 1, 3, 2; D., 44, 1, 18; D., 46, 7, 16; D., 47, 1, 3; D., 47, 10, 5, pr.; 7, 1; 36 : *Si... cum patre injuriarum agere velim et is cognitorem* (D. : procuratorem) *det* », D., 47, 12, 3, pr. 10; D., 47, 19, 3; Gaius, 4, 131 a, etc. Dans le *Pro Quintio*, c. 6, 23 et 27, le *procurator* déclare accepter de défendre au procès, « *si quid agere secum velit* ».

(3) Ulpien, 4 ad ed., D., 2, 13, *De ed.*, 1, pr. (Lenel, *Pal.*, 227); il est question dans ce texte, comme l'a fait ressortir Lenel, Z. S. St., 15, 1894,

tion que ce terme prend dans les sources qui parlent d'un *cognitor ad agendum* et *ad defendendum*. Il est donc vraisemblable que dans le second type de formules, si le *dominus* déclare constituer un *cognitor*, « *quod de illo fundo agere vult* », le *cognitor* est constitué pour représenter le maître *in jure* comme *in judicio*, et que la *datio* peut avoir lieu avant la phase *in jure*, peut-être au moment de l'*editio* extrajudiciaire de l'action. Il semble en effet que la constitution d'un *cognitor* ne peut se réaliser que si l'affaire est *in controversia* (1).

En somme, la première formule est prononcée par le constituant au moment où il manifeste ses prétentions au magistrat et à l'adversaire. La simultanéité des opérations explique que les verbes soient employés à un temps présent. La seconde formule est prononcée par le constituant avant le procès, mais lorsque l'affaire est déjà « *in controversia* ». La dualité des formules livrées par Gaius s'explique ainsi très simplement par ce fait que la *datio cognitoris* peut avoir lieu

p. 386, de l'*editio* extrajudiciaire du procès, destinée à préparer le futur défendeur au procès « *ut veniat instructus ad agendum* », le mot *agere* étant pris dans son sens le plus large et servant à désigner déjà la phase *in jure*. Aussi s'explique-t-on aisément que le juriconsulte en parlant des préliminaires du procès ait employé les mots *agere vult* : nous pensons en effet avec M. Wenger, v^o *Formula*, Pauly-Wissowa, *op. cit.*, 6, 1909, p. 2861, que la poursuite en justice commence lorsque le futur demandeur avertit le futur défendeur extrajudiciairement de sa prétention. Mais n'est-ce pas précisément les termes mêmes dont se sert le constituant lors de la *datio cognitoris*, quand il déclare : « *Quod ego de illo fundo tecum agere volo* », et donne un *cognitor ad agendum* ?

(1) Cette décision donnée par Paul, 9 *ad ed.*, D., 3, 4, *Quod cujus cumque*, 6, 1 (Lenel, *Pal.*, 183) nous semble pouvoir être appliquée par analogie au *cognitor*, mais naturellement les mots « *ea res... in controversia sit* » doivent être entendus dans un sens large. Cf. Ulpien, D., 5, 3, *De her. pet.*, 5, *pr.*; 25, 7; Gaius, D., *h. t.*, 17. En ce sens, Wlassak, *op. cit.*, p. 20. Mais outre cet argument, il nous semble qu'on peut tirer encore dans le même sens un argument *a contrario* d'Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, *De proc.*, 3 (Lenel, *Pal.*, 320) déclarant que le *procurator* peut être constitué *ad litem futuram*.

à des moments différents de la procédure (1). Mais il n'en résulte pas de différence quant au rôle capital du *cognitor*, qui demeure toujours identique et consiste à faire *litis contestatio* pour autrui. C'est pourquoi les deux formules ne diffèrent entre elles que fort peu et uniquement dans leur partie concrète.

c) Il reste à nous demander si la *datio cognitoris* a lieu *in jure* ou *extra jus*. C'est là une question vivement discutée dans la doctrine, grâce au silence de Gaius (2).

Nous observerons d'abord qu'il est certains cas, formant le domaine d'application primitif de la cogniture, où le *dominus* ne peut se rendre *in jure* pour constituer un *cognitor*, par exemple lorsqu'il est malade ou âgé. Le *cognitor* dirigera alors le procès tout entier. Peut-être faut-il rapporter à cette situation des textes qui excluent la présence du plaideur *in jure*, tout au moins sa présence permanente (3). Mais il convient d'ajouter que d'autres textes mentionnent la présence du *dominus in jure* (4).

(1) Notre opinion se rapproche donc de celle exposée par Lenel, *Z. S. St.*, 4, 1883, p. 152, pour qui la première formule était employée quand la constitution du *cognitor* précédait directement « der materiellen Verhandlung *in jure* (ursprünglich also der *legis actio*) » (c'est-à-dire, selon nous, l'administration des cautions et la *litis contestatio*), et la seconde, s'il existait un intervalle entre la *datio cognitoris* et le commencement effectif du procès. Cette opinion s'inspire du reste de Karlowa, *Legisaktionen*, p. 357. Mais il n'y a aucunement à faire cas de l'idée émise par Voigt, *R. R. G.*, 1, pp. 293-294, sans motif donné à l'appui, et d'après laquelle la *datio cognitoris* aurait lieu *in jure* avant ou après l'*editio actionis*.

(2) La *datio cognitoris* peut se produire *in jure* ou *extra jus*, selon Keller, *R. C. P.*, § 52, Rudorff, *R. R. G.*, 2, p. 70, n. 15, Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 2, p. 418, Wlassak, *op. cit.*, p. 29, Girard, *Org. jud.*, 1, p. 192, n. 2, Koschaker, *op. cit.*, p. 80, n. 1; et uniquement *in jure*, d'après Zimmermann, *Z. P.*, p. 469, Debray, *op. cit.*, p. 106, Wach sur Keller, *op. cit.*, § 52, n. 614, Karlowa, *op. cit.*, p. 359. Selon Bülow, *Prozesseinreden*, p. 38, n. 16, la constitution du *cognitor* a lieu habituellement *in jure*.

(3) Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 12 (Lenel, *Pal.*, 78); Paul, *lib. sing. de off. adess.*, D., 3, 3, 73 (Lenel, *Pal.*, 1051). En ce sens, Leist, *v° Cognitor*, Pauly-Wissowa, *op. cit.*, 4, 1901, p. 223.

(4) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 10 (Lenel, *Pal.*, 311). Il est douteux que le

Nous remarquerons ensuite que le *cognitor*, tout en n'étant pas obligé d'être présent, est dans la pratique, tantôt présent, tantôt absent au moment de sa constitution ⁽¹⁾, et il est certain que le plus souvent il est présent ⁽²⁾. Or les vraisemblances générales portent à admettre que le *cognitor* doit être plutôt présent, lorsque sa constitution a lieu *in jure*, car le procès n'est pas alors interrompu et se continue, sans qu'il soit besoin d'un *vadi-monium*. Si la *cognitoris datio* a lieu avant le procès, il est moins naturel, pourvu que l'identité du *cognitor* soit fixée, que celui-ci se dérange pour sa constitution.

Aussi, pouvons-nous conjecturer que le *cognitor* est constitué, tantôt *in jure*, tantôt *extra jus*, de façon à correspondre le mieux aux besoins pratiques et aux nécessités de chaque cas particulier.

Et, si nous coordonnons les résultats que nous avons obtenus en recherchant quelle est la différence de portée des formules citées par Gaius, et si le *cognitor* est constitué *in jure* ou *extra jus*, nous aboutissons aux conclusions suivantes. La première formule est prononcée *in jure*, au moment où le constituant manifeste ses prétentions à l'adversaire, le plus

texte de Paul, 3 *Resp., D., h. t.*, 69 (Lenel, *Pal.*, 1457) « *Dominum non prohiberi adesse suae causae* », se rapporte à la phase *in jure* ». — Cf. la définition de Pseudo-Asconius, in *Divinationem*, § 11, dans Bruns, *Fontes* ⁷, 2, p. 72 : « *Qui defendit alterum in judicio...*, aut *procurator, si absentis, negotium suscipit*; aut *cognitor, si praesentis causam novit et sic tuetur et suam* ».

(1) Gaius, 4, 83, Paul, 8 *ad ed., D.*, 3, 3, 2, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 1463). — Le *cognitor* sera nécessairement présent s'il est constitué après une *translatio judicii* du *dominus* sur sa tête, et dans ce cas on ne se servira vraisemblablement que de la première formule de *cognitoris datio* : en ce sens, Kosehaker, *op. cit.*, pp. 80-82.

(2) Ainsi s'expliquerait peut-être la définition de Festus, v° *cognitor*, dans Bruns, *Fontes*, ⁷ 2, *Scriptores*, p. 5; « *Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram ab eo, cui [Th. Mommsen a corrigé en : eo quo] datus est; procurator autem absentis nomine actor fit* ». Peut-être aussi ce texte de Festus a-t-il été rapporté d'une manière inexacte dans l'*epitome*, fait par le contemporain de Charlemagne, Paul Diacre, qui nous a conservé ce passage. Cf. Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 2, p. 448, n. 52.

souvent en présence du *cognitor*. Le *dominus* prononce la seconde *extra jus*, avant le procès et, sans doute, lors de l'*editio* extrajudiciaire de l'action, généralement en dehors de la présence du *cognitor* : c'est là un mode d'agir qui convient fort bien aux plaideurs malades, empêchés de se rendre *in jus*.

2. — Mais si Gaius, pour la constitution d'un *cognitor*, parle en première ligne de l'acte formel de la *datio cognitoris* en montrant qu'il s'agit là d'une formule de constitution et non de confirmation (1), il laisse entendre d'une façon discrète qu'à la *datio cognitoris* venait s'adjoindre un rapport de mandat entre le *dominus* et le *cognitor* (2). Cela est tout à fait courant à l'époque classique (3). Nous pouvons invoquer en ce sens, non seulement le témoignage de Gaius, mais encore ceux de Papinien (4) et surtout de Paul (5). Le passage de Paul qui est

(1) Gaius, 4, 83 : « *In eam rem L. Titium tibi cognitorem do* ». Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 45.

(2) Gaius, 4, 84 : « *Procurator vero..., ex solo mandato..., constituitur* ». Cette tournure de phrase montre qu'en ce qui concerne le *cognitor* dont Gaius, 4, 83, vient de parler il existe, à côté de la *datio cognitoris*, un rapport de mandat entre lui et le *dominus*.

(3) Paul, 8 *ad ed.*, D., h. t., 42, 2, pour qualifier le rapport de droit qui unit le représenté au représentant, emploie le mot « *solere* » qui désigne un usage suivi dans la pratique, plutôt qu'une règle légale.

(4) Papinien, 28 *Quaest.*, D., 21, 2. *De evict.*, 66, 2 (Lenel, *Pal.*, 349). Ce texte est vraisemblablement interpolé comme accordant l'action *judicati* contre le *procurator* parce qu'il est *in rem suam*, alors qu'elle est donnée contre le *procurator* même *in rem alienam*. Il s'agit ici d'un *cognitor* ou d'un *procurator praesentis* (*Frag. Vat.*, 331).

(5) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 42, 2 (Lenel, *Pal.*, 167) : « *Ea obligatio, quae inter dominum et cognitorem (D. : procuratorem) consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati : sicut evenit, cum in rem suam cognitorem (D. : procuratorem) praestamus eoque nomine judicatum solvi promittimus : nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) vel ex pristina causa mandati agere debemus : ut fit cum fidejussor reum cognitorem (D. : procuratorem) dedit* ». Dans ce fragment, *procurator* est sûrement interpolé, car, d'une part, le texte est emprunté au livre 8 sur l'édit consacré par Paul au commentaire des édits sur le *cognitor*, et d'autre part, c'est le *dominus* qui fournit la *C. J. S.*, pour le représentant, ce qui

tiré de son livre 8 sur l'édit et se rapporte dans sa forme première au *cognitor*, est particulièrement probant.

Un rapport contractuel existe entre le maître de l'affaire et son représentant : c'est là, constate Paul, un usage de la pratique, et non une règle de droit. Le plus souvent, ce lien engendrera une action de mandat. Quelquefois cependant il n'en sera pas ainsi, ajoute Paul, c'est le cas du *cognitor in rem suam*. Pour appuyer son affirmation, le jurisconsulte nous cite alors deux exemples de cession de dette, l'hypothèse d'une vente d'hérédité dans laquelle les parties ont les actions du contrat de vente, et le cas dans lequel une caution constitue comme *cognitor in rem suam* le débiteur et où par conséquent, les parties sont unies par le contrat de mandat primitivement intervenu entre elles ⁽¹⁾. Il résulte de ce texte que le représentant et le représenté sont donc toujours unis par un rapport de droit, le plus souvent par un rapport de mandat.

En général, ce contrat existera à la base de la *datio*, et le *dominus*, avant la prononciation de la formule sacramentelle, se sera entendu avec son représentant : c'est même une règle coutumière, nous dit Ulpien ⁽²⁾, de ne constituer son *cognitor* qu'après s'être assuré de son consentement.

Mais la *datio cognitoris* peut avoir lieu sans qu'il y ait eu un

est spécial au *cognitor* (Gaius, 4, 106). Cf. Gide, *op. cit.*, p. 290; Eisele, *Cogn.*, p. 50.

(1) Il s'agit ici du contrat primitif intervenu entre le *reus* et le *fidejussor*, lorsque le premier a donné mandat au second de s'obliger pour lui.

(2) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., h. t., 8, 1 (Lenel, *Pal.*, 309) : « *Invitus cognitor* (D. : procurator) *non solet dari. Invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur* ». A l'époque classique, la présence du *cognitor* lors de sa constitution n'a pas, comme primitivement, le simple avantage de faire connaître à l'adversaire la personne du représentant et de le renseigner sur son identité. Mais elle a alors surtout pour but d'apprendre sa constitution au représentant et de provoquer son assentiment : Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 44. Le consentement du *cognitor* est considéré par les jurisconsultes classiques comme quelque chose de nécessaire. V. aussi Debray, *op. cit.*, p. 123 s.

accord préalable entre le *dominus* et le *cognitor*, en particulier quand elle a été réalisée hors de la présence du représentant; les textes sont alors unanimes à déclarer qu'il faut le consentement du représentant, et que celui-ci ne sera *cognitor* que quand il aura appris sa nomination et entrepris la conduite du procès (1). Même dans cette hypothèse il se forme entre le représentant et le représenté un contrat de mandat dont le premier terme est la *datio cognitoris* et dont le second est l'entreprise de l'affaire qui constitue l'acceptation (2). Une pareille tendance aboutit à modifier la nature propre de la *cognitoris datio* et à lui enlever une partie de son originalité (3). Le con-

(1) Gaius, 4, 83 : « *Sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris* ». Gaius d'Autun, 4, 93 : « *Sed etsi absens fuit datus, non est vitiosa [datio et si] postea cognitor consenserit, erit cognitor procurator* ». Paul, 8 ad ed., D., h. t., 2, pr. (Lenel, Pal., 163) : « *[Dari autem cognitor et absens potest], dummodo certus sit qui datus intellegetur et is ratum habuerit* ». — Ces textes démontrent l'inexactitude de la thèse trop absolue de Pernice, *Labeo*, 1, pp. 492-493, d'après laquelle la *cognitoris datio* devait être précédée d'un accord entre le *cognitor* et le *dominus*.

(2) Cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 123.

(3) Mais il est à remarquer que la *datio cognitoris* garde l'avantage de soustraire le *cognitor* à certaines éventualités auxquelles il se fût trouvé soumis s'il avait été constitué simplement en vertu d'un mandat spécial. En effet le mandat s'éteint par la mort du mandant, et par suite après sa mort le mandataire ne pourra valablement *accipere iudicium*. On peut en ce sens argumenter d'un texte de Julien, 5 Dig., D., 5, 1, De jud., 74, 2 (Lenel, Pal., 74). Cf. aussi Paul, 4 Quæst., D., 17, 1, Mand., 58, pr. (Lenel, Pal., 1316). Mais une solution différente est donnée quant au *cognitor* par Ulpien, 8 ad ed., D., 3, 3, 15, pr. (Lenel, Pal., 341). Ce texte appartient au commentaire de l'édit de *cognitore ad litem suscipiendam dato*. Il s'agit d'un *dominus* défendeur qui a fourni la C. J. S. pour son *cognitor* et qui meurt, avant que celui-ci ait lié l'instance. Le jurisconsulte se demande alors si dans ces conditions le *cognitor* peut être forcé d'*accipere iudicium*, et il distingue deux hypothèses : le *dominus* a-t-il fourni la caution avec l'assentiment du *cognitor*, par exemple au moment de la *cognitoris datio* à laquelle assiste le *cognitor*, celui-ci est alors forcé de lier l'instance; le *dominus*, au contraire, a-t-il donné la caution à l'insu du *cognitor*, par exemple au moment de la *cognitoris datio* à laquelle n'assiste

trat, qui est à la base de la *datio*, est désormais dans la pratique, sinon en droit, un rouage très important pour la constitution d'un *cognitor*. Le *dominus* confère à son *cognitor* un mandat judiciaire, et le droit qu'a le *cognitor* de représenter le *dominus* a son fondement dans un accord de volontés. Mais la *datio cognitoris* continue à se maintenir : elle révèle ou forme le contrat qui lie le *cognitor* au *dominus*.

II. — Il reste à examiner les effets de la constitution d'un *cognitor*, ou, en d'autres termes, les conséquences de la *datio cognitoris* et du mandat. Chacun de ces actes produit des effets spéciaux dans une sphère propre.

1. — La *datio cognitoris* continue, à l'époque classique comme primitivement, à n'avoir effet que dans les relations du *dominus* et de l'adversaire, ne donnant des droits qu'au *dominus* et n'imposant des obligations qu'à l'adversaire. Sans doute, le pouvoir conféré au *cognitor* n'a plus son fondement dans la *datio*. Mais cette *datio* continue à donner au *cognitor* qualité d'agir vis-à-vis de l'adversaire, car les formes solennelles font connaître à l'adversaire d'une façon tout à fait certaine que le *cognitor* est véritablement le représentant du maître de l'affaire, et elles servent donc à constater que celui qui agit au nom du *dominus* a bien qualité pour agir ainsi : c'est pourquoi le *cognitor* est traité « *loco domini* ⁽¹⁾ ». A l'époque d'Ulpien, on peut dire que la *cognitoris datio* extériorise le mandat *ad litem* et qu'elle en est l'attestation solennelle auprès de l'adversaire et du magistrat.

Mais, d'après les termes mêmes de la formule de constitution, le *cognitor* n'a qualité d'agir aux lieu et place du *dominus* que pour la conduite du procès. Un témoignage direct en est encore

pas le *cognitor*, celui-ci n'est pas obligé d'*accipere iudicium*, et cela s'explique aisément, puisque l'on ne se trouve pas dans la sphère d'application de l'édit ; mais la *clausula ob rem non defensam* de la *C. J. S.* est alors efficace. En tout cas, il résulte de ce texte que, même après la mort du *dominus* et tant que la *datio cognitoris* n'a pas été révoquée, le *cognitor* a qualité pour *accipere iudicium*. Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 53.

(1) Gaius, 4, 97.

fourni par Isidore de Séville ⁽¹⁾ : « *Cognitor liti tantum dari solet, id est judicii expediendi gratia* ».

2. — Le contrat de mandat qui s'est formé entre le *cognitor* et le *dominus* produit des conséquences importantes. C'est de ce contrat que résulte le pouvoir d'agir conféré au représentant par le maître de l'affaire. Mais ses effets sont limités aux relations du *cognitor* et du *dominus*. Il n'est jamais permis d'invoquer ce lien de droit dans les rapports du *cognitor* et de l'adversaire.

II. — RÔLE DU COGNITOR DANS LE PROCÈS.

Le *cognitor* une fois constitué a qualité pour se charger de l'affaire aux lieu et place du *dominus* et pour agir avec l'adversaire. Cette intervention a pour conséquence de soulever divers incidents. Ce sont ces particularités que nous avons le dessein de retracer en nous plaçant tant au point de vue du *cognitor* d'un demandeur qu'à celui du *cognitor* d'un défendeur. En premier lieu, nous examinerons quel est le rôle du *cognitor* dans la phase *in jure* et nous verrons qu'il a mission de lier l'instance; nous étudierons en second lieu ses fonctions dans la phase *in judicio*. Il nous restera enfin à montrer comment est poursuivie l'exécution d'un jugement de condamnation rendu au nom d'un représentant judiciaire, et quelles sont les voies de recours employées le plus fréquemment par un plaideur pour faire tomber un jugement et anéantir une instance conduite par son *cognitor*.

§ 1. — Procédure *in jure*.

En ce qui concerne la procédure *in jure*, nous décrirons d'abord le rôle du *cognitor* dans les débats *in jure* qui précèdent la liaison de l'instance, et nous insisterons ensuite sur la *litis contestatio* accomplie par le représentant *alieno nomine*.

I. — Le premier devoir du *cognitor* est de se présenter

(1) Isidore de Sév., *Differentiae*, 1, 18, 123.

devant le magistrat compétent. S'il est représentant du demandeur, il compare spontanément. Mais, au cas où il remplace la partie défenderesse, il doit être appelé par les modes habituels de citation; et, si les débats devant le magistrat ne finissent pas le jour même, un *vadimonium cum satisfactione* doit être promis (1), soit par le *dominus*, soit plutôt par le *cognitor* (2).

Une fois devant le magistrat compétent, le *cognitor* du demandeur et son adversaire vont manifester leurs prétentions. C'est naturellement le représentant qui, avec l'assistance d'avocats, donnera au magistrat des explications sur l'affaire et indiquera l'objet du litige (3).

(1) Cela résulte de la combinaison du texte de Gaius, 4, 185 : « *Fiunt autem vadimonia... quibusdam (ex causis) cum satisfactione* », avec un texte de Paul situé au livre 6 sur l'édit qui est consacré au commentaire du titre de l'édit de *vadimonis*, D., 50, 17, De R. J., 410, 1 (Lenel, *Pal.*, 148) : « *Nemo alienae rei expromissor idoneus videtur, nisi si cum satisfactione* ». En ce sens, Lenel, *L'édit*, 1, p. 92, n. 2 (= *Ed. perp.*², p. 81, n. 3).

(2) V. dans le premier sens, Lenel, *L'édit*, 1, p. 92, n. 2 (= *Ed. perp.*², p. 81, n. 3), suivi par Fliniaux, *Le vadimonium*, pp. 64-65, et dans le second, Debray, compte rendu de Fliniaux, *Le vadim.*, N. R. H., 34, 1910, p. 144. La première opinion invoque un passage de Gaius, 4, 101, qui vise assurément la C. J. S., mais qu'il n'y aurait aucun motif de ne pas étendre au *vadimonium*. Cependant, à cette théorie séduisante une objection assez grave a été faite : pourquoi appliquer un droit uniforme aux deux stipulations, puisque le but de ces promesses est différent et que le *vadimonium* est une promesse de comparution qui ne vise qu'un incident de procédure? N'est-ce pas imposer une charge trop lourde au *dominus* qui serait responsable d'une faute propre au *cognitor*? Qu'arrive-t-il si le *dominus* n'est pas présent *in jure*, mais est en voyage? Il est à remarquer qu'aucun argument ne peut être tiré de Cicéron, *Pro Roscio com.*, 13, 38. — Mais si la question demeure indécise quant au *cognitor*, il nous semble qu'en ce qui concerne le *procurator praesentis*, c'est le *dominus*, présent *in jure*, qui fournit le *vadimonium* pour son représentant, en raison des textes de Paul, D., 3, 3, 6, et d'Ulpien, D., h. t., 5, 7, qui définissent au siège de la matière le mot *praesens* qui se rapporte au *dominus*.

(3) Cf. Wlassak, *op. cit.*, p. 18, n. 2. Le *cognitor* peut certes *postulare*, mais dans la pratique il sera assisté de personnes appelées *advocati*, *patroni*, *causidici*, qui exerceront ce rôle. Ces personnes sont des jurisconsultes qui, grâce à leur connaissance du droit, apportent un concours précieux aux parties : cf. Ps. Asconius, *In div.*, § 11. Les avocats plaident

Dès lors, une des solutions suivantes va se produire : ou bien l'affaire se réglera à l'amiable, ou bien il y aura lieu à procès. Après avoir examiné la première hypothèse et vu quelles conséquences produit dans ce cas l'intervention d'un *cognitor*, nous allons rechercher comment s'organise une instance dirigée par un *cognitor*.

1. — L'intervention d'un *cognitor* engendre, en ce qui concerne le règlement amiable de l'affaire, des conséquences importantes et qui dérivent de l'idée que le *cognitor* est un simple mandataire *ad litem*. La plupart des partis que peut prendre un plaideur pour arranger le différend impliquent pour ce plaideur la possibilité de disposer du droit en litige et ne peuvent avoir lieu que si le plaideur est le maître de l'affaire. Or ce n'est pas le cas du *cognitor*. Les pouvoirs qui lui ont été confiés sont restreints à la conduite de l'affaire, et il a simplement mission de diriger le procès au mieux des intérêts du *dominus*. Il doit soutenir les prétentions du *dominus*, mais non en abandonner quelques-unes. De là vient que ce représentant ne peut faire qu'une partie des actes qui sont permis au plaideur lui-même.

α) Certains actes sont interdits au *cognitor*. C'est ainsi que le *cognitor* du demandeur ne peut faire un pacte, ni s'en remettre pour la solution du différend au serment de son adversaire, ni recevoir un paiement, et que le *cognitor* du défendeur ne peut conclure une transaction, ni faire un paiement.

α) Parmi les actes qui sont interdits au *cognitor* du demandeur, les textes citent d'abord le pouvoir de faire un pacte. Cette solution est donnée par Paul au livre 3 sur l'édit, tandis qu'il commente l'édit *de pactis* ⁽¹⁾, et elle se rapporte au *cogni-*

pour autrui, mais ne représentent pas la partie; ils se contentent de l'assister. Cf. Kubitschek, dans Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 1, 1894, v° *Advocati*, pp. 436-438.

(1) Paul, 3 *ad ed.*, D., 2, 14, 13, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 125) : « *Sed cum cognitore* (D. : si tantum ad actionem procurator factus sit), *conventio facta domino non nocet, quia nec solvi ei possit* ».

tor, car une solution contraire est fournie par Ulpien pour le *procurator* (1). Il résulte de ce texte que si le *cognitor* du demandeur a consenti à l'adversaire un pacte, par exemple un pacte de remise de dette ou un pacte de constitut, ou s'il a conclu avec lui une transaction, ce pacte n'est pas opposable au *dominus*. Cette décision s'explique facilement, car, si le pacte rend le procès inutile, il comporte en tout cas l'abandon de tout ou partie des prétentions du demandeur. L'accomplissement de cet acte dépasse évidemment les pouvoirs d'un *cognitor*.

Le *cognitor* ne peut pas davantage s'en remettre pour la solution du différend au serment de son adversaire, car c'est là un acte qui peut entraîner des conséquences très graves, lorsque l'adversaire prête le serment. Le droit de déférer le serment volontaire n'est donc permis qu'au maître de l'affaire, et non à un simple représentant.

Le *cognitor* étant un simple directeur de la procédure, la jurisprudence en a aussi déduit qu'il n'a pas qualité pour recevoir un paiement (2). Cette solution résulte de divers textes de Paul, auxquels il faut peut-être joindre le fragment mutilé du

(1) Tandis que la question n'est traitée relativement au *cognitor* qu'au point de vue actif, elle se trouve traitée complètement vis-à-vis du *procurator*, par Ulpien, 4 *ad ed.*, D., 2, 14, 10; 12 (Lenel, *Pal.*, 251), de qui on peut rapprocher Paul, 3 *ad ed.*, D., h. t., 11; Gaius, *lib. sing. ad form. hyp.*, D., 20, 6, *Quib. mod.*, 7, 2 (Lenel, *Pal.*, 403); Marcien, *lib. sing. ad form. hyp.*, D., 20, 6, 8, 2 (Lenel, *Pal.*, 26); et une const. de Gordien, a. 238, C. J., 2, 4, *De transact.*, 7 (= C. Greg., 2, 1) qui se rapporte certainement au *procurator* et non au *cognitor* (*Contra*, Eisele, *Cogn.*, p. 106; en notre sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 132, n. 3). V. encore des textes d'Ulpien citant Pomponius et insérés dans ses livres 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 39, 1 (Lenel, *Pal.*, 336) et 27 *ad ed.*, D., 13, 5, *De pec. const.*, 5, 6 (Lenel, *Pal.*, 788), qui décident que le *procurator absentis* aura l'action de *pecunia constituta*, si un pacte de constitut est fait à son profit.

(2) Cf. en ce qui concerne le *procurator*, Paul, 3 *ad ed.*, D., 2, 14, *De pact.*, 11 (Lenel, *Pal.*, 125) : « [*Procuratoris pactum domino nocet*], quia et solvi ei potest ». Le *procurator* a donc qualité pour recevoir un paiement.

Vatican, 335 (1). Le jurisconsulte décide, au livre 3 sur l'édit (2), et dans un autre passage contenu dans son livre unique sur les fonctions des assesseurs (3), qu'il n'est pas permis d'effectuer

(1) *Frag. Vat.*, 335 : « ... *Casibus, quibus et cognito[r]..... nec rec[usare] te ei solvitur, sicut nec [cognitori...]* ».

(2) Paul, 3 *ad ed.*, D., 2, 14, *De pact.*, 13, pr. (Lenel, *Pal.*, 125) : « *Sed cum cognitore* (D. : si tantum ad actionem procurator factus sit) *conventio facta domino non nocet, quia nec solvi ei possit* ».

(3) Paul, *lib. sing. de off. adsess.*, D., 3, 3, 73 (Lenel, *Pal.*, 1051) : « *Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, cognitore* (D. : procuratore) *agente quid fieri oportet? Nam iniquum est cogi eum iudicium accipere, [...] propter quod suspectus videri potest, qui praesente domino non optulit pecuniam [?]. Quid si tunc facultatem non habuit, numquid cogi debeat iudicium accipere? Quid enim si et famosa sit actio? Sed hoc constat, ut ante litem contestatam praeses jubeat in aede sacra pecuniam deponi : hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis. Quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est* » (La ponctuation admise dans le texte est celle de Lenel, *Pal.*, 1, p. 1143. Nous signalons entre parenthèses la ponctuation adoptée par Mommsen et Krüger dans leur édition du Digeste, 11^e éd., 1908). La finale du texte qui commence par les mots « *sed hoc constat* » est probablement interpolée : des deux hypothèses qu'elle étudie, la seconde n'est pas prévue par la question de Paul qui s'occupe seulement de la phase antérieure à la *litis contestatio*, et cette addition maladroite nuit à l'harmonie du texte. Quant à la première phrase de cette finale, elle intervient, ainsi que cela a souvent lieu pour les additions des compilateurs de Justinien, comme tranchant explicitement une solution qui n'avait pas besoin d'être indiquée, parce qu'elle n'était pas douteuse. On pourrait aussi se demander pourquoi ce texte parlait-il du *praeses* pour la phase antérieure à la *litis contestatio* et d'un *judex* pour la phase postérieure? Mais ce *judex* ne désigne pas le *praeses*, c'est plutôt un de ces commissaires nommés par le magistrat pour statuer sur une action dans le cas où il n'avait pas le temps de statuer lui-même. Ce mot *judex* est d'ailleurs un terme que Justinien paraît affectionner particulièrement et qu'il a le plus souvent employé (Cf. Longo, *Bull. di d. R.*, 10, 1897-1898, v^o *judex*, pp. 274-275). Il en est de même de la tournure de phrase « *sed hoc constat* », qui est très fréquemment usitée par les compilateurs. Toutes ces raisons nous laissent croire que la finale de notre fragment est peut-être l'œuvre des commissaires de Justinien. Cf. déjà dans le même sens et pour des raisons tirées de l'inélégance du texte, le président Favre, *Conjecturarum juris civilis libri viginti*, Lugduni, 1661, in-fol^o, lib. XII, cap. 16, pp. 407-408; Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Tübingen, 1910,

un paiement entre les mains d'un *cognitor*. Est-ce à dire toutefois que le défendeur ne puisse effectuer un paiement et soit forcé d'*accipere judicium*? Toute la question est nettement indiquée dans le texte de Paul, *D.*, 3, 3, 73. Il s'agit d'un procès ayant pour objet une somme d'argent et qui a éclaté entre deux personnes. Le demandeur constitue un *cognitor*, puis s'absente. C'est au *cognitor* que va appartenir la conduite de l'affaire. Sur ces entrefaites, le défendeur s'offre *in jure*, avant la *litis contestatio*, à payer la somme d'argent. Qu'en résulte-t-il? La solution légale est qu'il faut forcer le défendeur à *accipere judicium*, il a commis une faute et s'est rendu *suspectus*, n'aurait-il pas dû s'acquitter de sa dette au moment où le demandeur était présent, et éviter alors que le procès ne s'engageât? Et ce moment, c'était celui de la *cognitoris datio* où se sont trouvés nécessairement et légalement réunis la partie demanderesse et l'adversaire. Le paiement était alors possible et utile. Cependant la solution légale est estimée par Paul très rigoureuse, il la trouve même injuste. Aussi cherche-t-il divers motifs pour l'adoucir et empêcher qu'on ne force le défendeur à *accipere judicium*, surtout s'il est question d'une *actio famosa*. Il a pu arriver, par exemple, que, lorsque le *dominus* était présent, le défendeur n'avait pas alors les moyens de payer. La réponse à cette question est donnée par Paul ou peut-être par Justinien qui l'a mise sous l'autorité de Paul : le défendeur devra déposer l'argent dans un temple. En tout cas, il n'est pas fait mention d'une solution qui semble toute naturelle, à savoir que le défendeur verse l'argent entre les mains du

pp. 41, 62. — Mais la première partie de notre texte a certainement été écrite par Paul, et elle se rapporte à la procédure de l'*ordo judiciorum* : rien ne permet de l'attribuer à la procédure extraordinaire; le préteur urbain statuant *secundum ordinem* s'entoure souvent d'assesseurs pour résoudre les questions délicates qui se posent *in jure* : n'est-ce pas à ces assesseurs employés dans la pratique que sont consacrés les ouvrages de Sabinus (*D.*, 47, 10, 5, 8) et de Puteolanus (*D.*, 2, 14, 12)? Cf. Pernice, *Parerga* VII, *Z. S. St.*, 14, 1893, p. 143, n. 4; Hitzig, *Die Assessoren der röm. Magistr. und Richter*, 1893, p. 152.

cognitor : cela ne peut s'expliquer qu'à condition de supposer que la réception d'un paiement est un acte interdit au *cognitor*, simple représentant judiciaire.

Les pouvoirs du *cognitor* sont donc, et avec raison, très limités. Il n'en est autrement que s'il est cessionnaire de créance, et encore ne s'agit-il que d'une variété de *cognitor in rem suam*, l'acheteur d'une hérédité, qui, seul à notre époque, a des actions utiles. C'est par exemple le cas du fr. *D.*, 3, 3, 55, d'après lequel le *cognitor in rem suam* qui a les actions utiles doit être préféré au *dominus*, lorsqu'il s'agit de la réception d'un paiement (1). Peut-être le serment volontaire qu'un *cognitor in rem suam* a déféré doit-il être également tenu pour bon (2). De ces deux décisions, il faut encore rapprocher une solution de Paul au livre 3 sur l'édit dans un texte *D.*, 2, 14, 13, 1, qui se rapporte d'une façon certaine au *cognitor* (3). Le jurisconsulte décide que, s'il s'agit d'un *cognitor in rem suam*, le pacte de remise de dette, par exemple, qu'il a consenti à l'adversaire doit être respecté, car il est *loco domini*. Certes, dans sa brièveté

(1) Ulpien, 65 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 55 (Lenel, *Pal.*, 1446) : « *Cognitore (?) (D. : procuratore) in rem suam dato praeferendus non est dominus cognitori (?) (D. : procuratori) in... pecuniam suscipiendam* ».

(2) La question n'est pas traitée dans les textes, mais ne peut-on appliquer ici par analogie la solution qui est donnée par Paul, 18 *ad ed.*, *D.*, 12, 2, 17, 3 (Lenel, *Pal.*, 278), par rapport à un *procurator in rem suam* ?

(3) Paul, 3 *ad ed.*, *D.*, 2, 14, 13, 1 (Lenel, *Pal.*, 125) : « *Sed si in rem suam datus sit cognitor (D. : procurator), loco domini habetur : et ideo servandum erit pactum conventum* ». — A prendre le texte, tel qu'il se présente, il est sans doute exact que le jurisconsulte dit seulement que le pacte conclu doit être respecté et il semble même que le pacte ne soit pas opposable au *dominus*, alors que le début de la proposition « *sed si* », faisant antithèse avec le *principium*, paraît l'indiquer, mais seulement au *cognitor* (Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 94, n. 61). Nous croyons plus exact d'admettre qu'il s'agit ici d'un pacte qui est opposable au *dominus*, car dans les fragments *D.*, *h. t.*, 40-46, Paul et Ulpien parcourent les principaux cas dans lesquels un pacte peut être opposé à des tiers sous forme d'exception de dol. Cf. Gide, *op. cit.*, p. 332. — Les règles concernant le *procurator in rem suam* sont traitées par Marcien, *lib. sing. ad form. hyp.*, *D.*, 20, 6, 8, 2 (Lenel, *Pal.*, 26).

actuelle, cette décision est un peu énigmatique, mais il est à supposer que le respect du pacte doit être obtenu, non seulement du *cognitor*, mais vraisemblablement du *dominus*, de façon que l'adversaire attaqué par le *dominus* puisse le repousser par une exception de dol.

β) En ce qui concerne le *cognitor* d'un défendeur, il est à remarquer qu'il ne peut ni faire une transaction avec le demandeur, ni s'exécuter en donnant sans procès à son adversaire ce qu'il demande. C'est là une solution tout à fait certaine et qui ne fait pas doute en l'absence de textes.

b) A côté des actes interdits au *cognitor*, il en est pourtant certains qui lui sont permis, car, en les accomplissant, il procure un bénéfice appréciable au *dominus*, sans lui faire courir aucun risque et sans sacrifier aucune de ses prétentions. Il est évident que de tels actes n'excèdent pas ses pouvoirs. C'est ainsi que le *cognitor* d'un demandeur et celui d'un défendeur peuvent prêter le serment volontaire que l'adversaire leur a déféré dans le but d'éviter les incertitudes d'un procès en perspective, car il est avantageux pour le *dominus* que l'adversaire ait proposé de s'en remettre pour la solution du différend au serment du *cognitor*.

En ce qui concerne le *cognitor* du demandeur, la question est traitée par Ulpien, dans son livre 22 sur l'édit consacré à l'édit sur le serment volontaire (1). Il résulte de ce texte que si le défendeur défère le serment à un *cognitor* constitué

(1) Ulpien, 22 *ad ed.*, D., 12, 2, *De jurej.*, 9, 6 (Lenel, *Pal.*, 671) : « *Jusjurandum defensoris vel cognitoris* (D. : procuratoris) *ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Julianus scribit. Idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum cognitor* (D. : procurator) *reo deferente juraverit dari mihi oportere : nam actionem mihi parit. Quae sententia habet rationem* ». La finale du texte est donnée avec vraisemblance par Krüger, *C. J. C.*, 1, 11^e éd., 1908, p. 195, sur D., *h. t.*, 9, 6, comme une addition des commissaires de Justinien. L'hypothèse discutée ici est visée dans la seconde phrase du texte d'Ulpien. — En ce qui concerne le *procurator*, la question est étudiée par Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 39, 1 (Lenel, *Pal.*, 336), dans un texte qui se rapporte au serment volontaire, car il est question d'une action *ex jurejurando*.

ad petendum et que celui-ci jure « *dari oportere* » au maître, le *dominus* n'a désormais plus besoin d'intenter son action primitive, mais qu'il a, pour obtenir l'exécution du pacte, une action *in factum*, l'action *jurisjurandi*.

Il est à remarquer que le texte accorde l'action *ex jurejurando* au maître de l'affaire dont le *cognitor* a prêté serment. Le mandant devient créancier *ex conventione et jurejurando cognitoris*. C'est là une exception à la règle : « *Per extraneam personam nihil adquiri potest* ». Les Romains n'admettent pas en effet que le fondé de pouvoir, qui a figuré dans un acte, rende créancier le mandant pour lequel il agit ⁽¹⁾. Il est rare que le maître obtienne le droit d'agir en vertu de l'acte accompli par son représenté, cela ne se produit, du reste, que si le mandataire a réalisé un acte unilatéral : c'est ce qui a lieu dans notre cas, le pacte de serment étant une convention unilatérale, non synallagmatique. La décision de notre fragment s'explique fort bien, si on la compare à celle d'un rescrit de Dioclétien et de Maximien de 294, déclarant que l'action *ex jurejurando* est donnée *ad similitudinem actionis judicati* ⁽²⁾. Or, tout au moins depuis Julien, le *dominus* agissant par *cognitor* a l'action *judicati*, après examen du magistrat. Une des conséquences de cette similitude se trouve à notre fr. 9, 6, deuxième phrase : le *cognitor* acquiert à son-mandant l'action *jurisjurandi causa cognita*.

Quant au *cognitor* du défendeur, il lui est également permis de prêter le serment qui lui est déféré par le demandeur. Cette hypothèse est prévue dans la première partie de notre texte par Ulpien, qui cite une opinion de Julien, et elle a trait, non seulement au *cognitor*, mais encore au *defensor*, de sorte que sur ce dernier point elle fait double emploi avec un texte de Pomponius ⁽³⁾. Le jurisconsulte décide que le serment de

(1) Cf. Girard, *Manuel* ⁴, p. 672.

(2) Dioclétien et Maximien, *a°* 294, *C. J.*, 4, 1, *De reb. cred.*, 8 : cette constitution est relative au serment volontaire.

(3) Ulpien, 22 *ad ed.*, *D.*, 12, 2, 9, 6, 1^{re} phrase, cité *suprà*, p. 122, n. 1. Cf. Pomponius, 18 *epistul.*, *D.*, *h. t.*, 42, 2 (Lenel, *Pal.*, 208).

« *dari non oportere* » prêté par le *cognitor* profite au *dominus* et confère à celui-ci l'exception de serment. L'acquisition d'une exception au profit du *dominus* est ici encore une atteinte au principe romain de la non-représentation. Elle est sans doute admise, parce qu'anciennement on désire faciliter la libération des débiteurs, et que l'exception de serment permet au *dominus* de repousser la demande de son adversaire en prouvant seulement la convention et le serment.

2. — Mais si le différend se termine quelquefois d'une façon prompte et à l'amiable, il n'en est pas toujours ainsi (1). Le plus souvent il y a lieu à procès. Le défendeur conteste la prétention du *cognitor* du demandeur, soit en niant le droit allégué par lui, soit en lui opposant un fait distinct pouvant écarter l'effet de la demande et en réclamant une exception. Dès lors, pour les plaideurs ou leurs représentants, la question se pose d'organiser l'instance. C'est là l'objet des débats *in jure*. Cette phase de l'instance a pour but et pour terme l'établissement de la formule. Que doivent faire les plaideurs pour atteindre à ce résultat? Nous exposerons d'abord comment le premier soin des plaideurs est de discuter la rédaction de la formule dont ils demandent la délivrance au magistrat. Mais

(1) Nous n'insistons pas sur deux partis que peut prendre le défendeur et qui solutionnent rapidement le différend, car ils ne sont pas de nature à se présenter quand le défendeur est représenté par un *cognitor*, et nous n'avons sur ces points aucun texte concernant le *cognitor*. Le premier consiste dans la *confessio in jure* du défendeur : or un tel acte est impossible pour le *cognitor* du défendeur, il est trop grave. A l'inverse, la présence du *cognitor* d'un demandeur doit suffire à rendre valable la *confessio* du défendeur (cf. pour le *procurator*, Ulpien, 5 *de omn. trib.*, D., 42, 2, *De conf.*, 6, 4, 5 (Lenel, *Pal.*, 2277)). En second lieu, le défendeur est, dans les actions où le serment nécessaire existe, réputé jugé s'il ne prête ou ne réfère ce serment. Mais une exception a lieu si le défendeur agit par un *procurator* : celui-ci n'est pas obligé de prêter le serment, il suffit qu'il soit prêt à *accipere judicium* (Ulpien, 26 *ad ed.*, D., 12, 2, 34, 3 (Lenel, *Pal.*, 758)). Sans doute en est-il de même pour le *cognitor*. En outre, le *cognitor* ne doit pas avoir davantage le droit de déférer le serment nécessaire (cf. pour le *procurator*, Ulpien, 26 *ad ed.*, D., 12, 2, 18, 19 (?) Lenel, *Pal.*, 757; 674).

cette délivrance n'est accordée par le magistrat que si les plaideurs se sont mis d'accord pour la nomination du juge et, s'il y a lieu, pour l'administration des cautions : ceci nous conduira en second lieu à rechercher quelles conséquences en ce qui concerne ces actes produira l'intervention d'un *cognitor* dans la procédure. En troisième lieu, nous étudierons divers incidents causés, soit par le *cognitor*, soit par le *dominus*, et qui ont pour effet d'empêcher l'organisation d'une instance sur le point d'être liée, à savoir : le refus du *cognitor* d'*accipere iudicium*, la révocation des pouvoirs du *cognitor* par le *dominus*.

a) Le premier soin du *cognitor* et de son adversaire est de discuter la rédaction de la formule dont ils demandent la délivrance au magistrat. C'est au représentant du demandeur à proposer la formule (1). De son côté, le défendeur peut invoquer des exceptions (2), et, en particulier, une exception *cognitoria* basée, soit sur le défaut d'aptitude du demandeur à agir par autrui ou du *cognitor* à agir pour autrui, soit sur le manque de pouvoir du *cognitor*. Au cas où l'application de l'exception est certaine, le magistrat ne délivre pas de formule. Mais, en général, la recherche des questions de capacité ou de pouvoirs est renvoyée à l'examen du juge au moyen de l'insertion dans la formule d'une exception.

(1) On pourrait concevoir dans certaines actions que le demandeur, avant de réclamer la formule, adressât au défendeur une *interrogatio in iure*, et rechercher ce qui se produisait si le défendeur s'était fait représenter par un *cognitor*. En ce qui concerne le *procurator*, la question est tranchée affirmativement par Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 39, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 335), et 22 *ad ed.*, citant Celse, 5 *Dig.*, D., 11, 1, *De interrog.*, 9, 4 (Lenel, *Pal.*, 660). En ce qui concerne le *cognitor*, il n'y a pas de textes; la raison en est très simple : c'est que l'*interrogatio in iure* sera faite, non au représentant, mais à l'héritier, puisque celui-ci se rencontrera nécessairement avec le demandeur au moment de la *datio cognitoris*. En ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 131, n. 2.

(2) C'est au *procurator* qu'il faut rapporter les textes de Neratius, 4 *Membr.*, D., 44, 4, *De d. m. exc.*, 11 (*contra*, mais à tort, Debray, *op. cit.*, p. 151, n. 2; en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 121) et d'Ulpien, 76 *ad ed.*, D., h. t., 18, qui parlent d'une exception de dol opposée au représentant.

Le plus souvent, le défendeur sollicite une exception fondée sur le défaut d'aptitude du demandeur à agir par autrui ou du *cognitor* à agir pour autrui. C'est l'hypothèse que visent la plupart des textes qui traitent de l'exception *cognitoria*, et qu'ils citent comme exemple d'exception dilatoire *ex persona* (1). La partie demanderesse peut éviter l'exception, à condition qu'elle modifie sa demande (2). Si le défendeur oublie d'opposer l'exception, la *restitutio in integrum* ne lui est que difficilement accordée (3). Mais il arrive quelquefois que de son plein gré il ne l'invoque pas, parce qu'il ne veut pas « *de apicibus juris disputare* ». Et un texte d'Ulpien au livre 7 de ses *Disputationes* nous déclare que la caution qui, étant attaquée par le représentant du créancier, n'invoque pas une exception *cognitoria*, ne commet ni un dol, ni une faute, et qu'elle conserve son recours contre le débiteur principal (4).

(1) Gaius, 4, 124 : « ... *Sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae* ». Gaius, 1 ad ed. prov., D., 44, 1, De exc., 3, in fine (Lenel, Pal., 63) : « *(Cognitoriae et) procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt* ». Ulpien, 74 ad ed., D., h. t., 2, 4 (Lenel, Pal., 1650) : « *Ut puta dilatoria est exceptio..., veluti (cognitoria vel) procuratoria exceptio dilatoria est* ». Inst. Just., 4, 13, De exc., 11 : « *Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones; quales sunt procuratoriae* ». Adde Quintilien, Inst. orat., 3, 6, 71 : « *Non licet tibi agere mecum : Cognitor enim fieri non potuisti. Judicatio est an potuerit* ». V. encore Papinien, 2 Resp., D., 5, 1, De jud., 44, 1 (Lenel, Pal., 421); Frag. Vat., 324.

(2) Gaius, 4, 123, 124.

(3) Gaius, 4, 125 : « *Dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituitur (adjiendi gratia), quaeritur* ».

(4) Ulpien, 7 Disput., D., 17, 1, Mand., 29, 4 (Lenel, Pal., 130) : « *Quaedam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude, ut puta si exceptionem (cognitoriam vel) procuratoriam omisit sive sciens sive ignarus : de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne* ». Cf. Bülow, *Processeinreden*, p. 43. — Il s'agit ici d'une exception *cognitoria* faute de capacité : la finale du texte ne peut se rapporter qu'à celle-ci. — Notre texte vise le *cognitor* et certaines espèces de *procuratores* qui, au temps d'Ulpien, *res in judicium deducunt*. Car le préjudice apporté aux intérêts du débiteur principal n'existe que si le

Parfois le défendeur invoque une exception *cognitoria* en s'appuyant sur l'absence de pouvoir du *cognitor* (1). Sans doute, cette situation se présente rarement, car la *cognitoris datio* a toujours lieu en présence de l'adversaire et souvent *in jure*. Mais la *datio* est un acte formel, de droit strict, sur l'interprétation des termes de laquelle on peut discuter, aussi la qualité du *cognitor* peut-elle être quelquefois mise en jeu. Un texte d'Africain au livre 6 de ses Questions nous a conservé une trace de cette exception (2); il s'agit évidemment du *cognitor*, car la question ne peut se poser pour le *procurator* dont la constitution repose sur le contrat de bonne foi de mandat et l'expression « *rem in iudicium deducit* » n'est exacte au temps d'Africain ou de Julien que vis-à-vis d'un *cognitor*. Il résulte de ce texte que, si un *cognitor* a été constitué *ad duas res petendas* et qu'il revendique une seule chose, il ne peut être repoussé par l'exception *cognitoria*, et déduit le droit du *dominus* (3).

représentant du créancier en poursuivant la caution déduit le droit du *dominus* en justice. Il est à remarquer que le fr. d'Ulpien auquel appartient le par. 4 est fortement remanié par les compilateurs (cf. les observations de Krüger sur *D.*, 17, 1, 29, *C. J. C.*, I. *ed stereot.* 44, 1908, pp. 251-252), et on pourrait même se demander si la décision du par. 4 n'est pas l'œuvre des compilateurs, car le droit de Justinien est très défavorable à ces sortes d'exceptions qui ont le tort de ralentir la marche de la procédure; mais rien ne décèle une interpolation dans le style du fragment. V. aussi Julien, cité par Ulpien, 34 *ad ed.*, *D.*, 17, 1, *Mand.*, 10, 12 (Lenel, *Pal.*, 910).

(1) En ce sens, Eisele, *Cogn.*, pp. 215-218, suivi par Debray, *op. cit.*, pp. 158-160, Lenel, *L'édit*, 2, p. 251; *Ed. perp.* 2, p. 483. *Contra*, mais à tort, Bülow, *op. cit.*, p. 38.

(2) Africain, 6 *Quaest.*, *D.*, 3, 3, 78, 1 (Lenel, *Pal.*, 57) : « *Ad duas res petendas cognitor (D. : procurator) datus si unam rem petat, exceptione non excluditur et rem in iudicium deducit* ». Il est à remarquer qu'Africain rapporte souvent l'opinion de Julien : V. Boulard, *Salvius Julianus*, pp. 113-127; Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm. Jurist.* 2, pp. 31-32.

(3) Au cas où le juge avait décidé que le représentant n'avait pas qualité pour agir, le défendeur était alors absous et pouvait solliciter une peine pour le demandeur téméraire, mais le droit du *dominus* n'était pas déduit en justice. La construction imaginée par M. Eisele, *Cogn.*, p. 217, ne nous semble pas satisfaisante, car elle ne se concilie pas avec la simplicité du texte.

b) C'est encore dans les débats *in jure* que les parties doivent se mettre d'accord pour la nomination du juge et rechercher si pour la liaison de l'instance une caution est exigée de la partie qui se fait représenter par un *cognitor*. Nous n'avons pas à insister sur la question de la nomination du juge, qui ne présente aucune particularité, lorsque l'une des parties agit par représentant. La question de la prestation de caution présente, au contraire, une importance considérable, quand l'un des plaideurs agit *alieno nomine*.

Si le demandeur agit par *cognitor*, le besoin d'une caution ne se fait pas sentir, puisque le *cognitor*, ayant par la *cognitoris datio* un pouvoir en forme, enlève au *dominus* le droit de faire un nouveau procès (1).

Mais le représentant qui défend à la place d'autrui doit toujours fournir une caution, car le droit du demandeur est consommé en justice (2). Il est naturel que celui-ci soit protégé contre le risque qu'il court d'agir contre un insolvable qu'il n'a pas choisi comme débiteur : c'est à cette occasion qu'a été formulée la règle générale énoncée par Gaius (3), et sous une forme un peu différente, mais plus explicite par Paul (4), que celui qui se présente en qualité de défendeur pour autrui n'est jamais considéré comme solvable.

(1) Gaius, 4, 97, 98. — Le *cognitor* n'est donc pas, comme le *procurator*, obligé de fournir la caution *de rato*. Il n'en est autrement que, par exception dans certaines hypothèses, telles que celle proposée par Paul., 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 36 (Lenel, *Pal.*). Le motif qui imposait une telle obligation au *procurator* nous est exposé par Gaius, 4, 98 : « *Periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur* », texte dont l'interprétation défectueuse de Huschke, Z. G. R. W., 14, 1848, p. 67 s., a été réfutée avec raison par Eisele, *Cogn.*, p. 141 s.

(2) Ulpian, 75 *ad ed.*, D., 44, 2, *De exc. r. j.*, 11, 7 (Lenel, *Pal.*, 1670) : « *Ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit* ».

(3) Gaius, 4, 101 : « *Nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intellegitur* ».

(4) Paul, 48 *ad ed.*, D., 50, 17, *De R. J.*, 166 (Lenel, *Pal.*, 627) : « *Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur* ».

La promesse garantie par des débiteurs accessoires dont les textes parlent toujours dans un procès soutenu par un représentant est la *C. J. S.* (1). Et il n'en est pas seulement ainsi dans les fragments du Digeste qui nous ont été transmis par Justinien et qui peuvent être suspects d'interpolation (2), mais encore dans des textes purs (3).

En l'espèce, la caution est fournie par le *dominus* (4). Peu importe que le *cognitor* soit constitué *in rem alienam* ou *in rem suam* (5). C'est du reste la solution la plus logique, puisque le *dominus* et l'adversaire doivent se rencontrer au moins au

(1) En ce sens, Lenel, *Ed. perp.*², p. 509, n. 4.

(2) C'est qu'en effet des deux cautions *P. P. L. V.* et *J. S.* existant à l'époque classique, une seule, la seconde, subsiste du temps de Justinien.

(3) Cicéron, *Pro Quintio*, 7, 29; *Frag. Vat.*, 317; Valentinien, a. 364, *C. Th.*, 2, 12, 2 (= *Consultatio vel. cujus. jurisc.*, 3, 12). — C'est seulement lorsqu'on intentait une action *in rem*, par la procédure *in sponsionem*, où le défendeur devait fournir la *cautio P. P. L. V.*, que le défendeur agissant *alieno nomine* était obligé de fournir la *cautio P. P. L. V.*, et en raison, non de sa qualité de représentant, mais de la nature du procès. Cf. Paul, 1 *Sentent.*, dans un texte mutilé, mais de restitution probable, *Frag. Vat.*, 336. — L'abréviation de Valerius Probus du ms. d'Einsiedeln (53 : « *H. COG. = herede cognitore* ») se rapporte à cette caution. Cf. Lenel, *L'édit*, 2, p. 272; *Ed. perp.*², p. 504.

(4) Gaius, 4, 101 : « *Sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur* ». Modestin, 4 *Pand.*, D., 46, 7, *J. S.*, 10 (Lenel, *Pal.*, 111) : « *Si ad defendendum cognitor (D. : procurator) datus fuerit, satisfacere jubetur judicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso cognitore (D. : procuratore) sed a domino litis interponitur* ». Dans cette phrase, le mot « *procurator* » est sûrement interpolé, puisque la décision de ce texte est en contradiction avec celle de la phrase suivante. — Si le *cognitor* a par exception fourni la *C. J. S.* et s'est placé dans une situation anormale, il est alors traité comme un simple *procurator* : Paul, 1 *ad Plautium*, D., 3, 3, 61, *in fine* (Lenel, *Pal.*, 1074) : « *Idem erit observandum et si (cognitor) defensoris loco cum satisfactione se liti optulerit* ». Si le *cognitor* rentre dans la notion large de *defensor* donnée par Gaius, 4, 101, il se distingue donc du *defensor*, au sens étroit, qui désigne le défenseur sans mandat : c'est dans ce sens étroit que la plupart des textes du Digeste prennent le mot *defensor*.

(5) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 42, 2 (Lenel, *Pal.*, 167).

moment de la *cognitoris datio*. Elle est commandée par les nécessités pratiques : jamais le demandeur n'aurait consenti à lier le procès avec le *cognitor*, si on ne lui avait conservé la situation qu'il possédait vis-à-vis du *dominus* auparavant (1).

La caution n'est pas imposée d'office par le magistrat au représenté. Celui-ci n'y est contraint que sur la requête de la partie adverse. C'est ce qui résulte de deux passages du *Pro Quinctio* de Cicéron, ayant trait au *procurator* (2), mais qui peuvent *mutatis mutandis* s'appliquer au *cognitor*. L'adversaire est donc libre de se passer de caution (3). Mais les vraisemblances générales, comme les renseignements tirés des textes du Digeste, prouvent que cette circonstance doit être en pratique tout à fait rare.

L'administration de la caution a lieu devant le magistrat, et elle se fait, tantôt directement avant la *litis contestatio*, tantôt bien avant elle (4). Elle est reçue par le demandeur, et, dans le cas où celui-ci agit aussi par représentant, soit par le *dominus* lui-même, soit par le *cognitor* (5).

c) Dès lors, un pas décisif est fait dans la marche de l'ins-

(1) A l'origine, lorsque l'action *judicati* était intentée contre le *cognitor*, ce procédé permettait au demandeur d'attaquer directement le *dominus* par l'action *ex stipulatu* née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.*, et il évitait les recours que le représentant, s'il avait dû payer, aurait eu à exercer contre le représenté. Cf. Debray, *op. cit.*, pp. 147-148.

(2) *Pro Quinctio*, 7, 29 : « *Iste (Sex. Naevius) postulat, ut procurator judicatum solvi satisdaret* » ; 20, 63. — C'est à tort, croyons-nous, que M. Kübler, *Z. S. St.*, 14, 1893, pp. 65-67, invoque dans cette discussion Gaius, 4, 84, qui, d'après la tournure de la phrase, a trait uniquement à la caution *de rato* et dont la proposition « *quamquam et ille...* » est une glose postérieure : cf. *suprà*, p. 92, n. 1.

(3) Peut-être la phrase de Plautius, *D.*, 3, 3, 61 : « ... (*Cognitor*) *optulisset se, cum sciret cautum non esse* », en constitue-t-elle une application. En consentant la *litis contestatio* avec le *cognitor*, l'adversaire n'ignore évidemment pas que le *dominus* n'a pas fourni caution.

(4) En ce sens, Lenel, *Ed. perp.*², p. 507, n. 1, pour la caution *P. P. L. V.*

(5) Ulpien, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 3, 27, 1 (Lenel, *Pal.*, 317) : « ... *Scilicet si dominus accepit. Sed et si cognitor* (*D. : procurator*) *satis accepit...* ». En ce sens, Duquesne, *T. J.*, p. 61.

tance. Les représentants des parties ont réalisé tout ce qu'il convient pour lier le procès. Ils vont alors obtenir du magistrat que celui-ci leur délivre la formule qu'il a rédigée, et ils accompliront la *litis contestatio*, à moins que ne survienne un incident causé par le *cognitor* ou par le *dominus* : ou que le *cognitor* refuse de lier le procès, ou que le *dominus*, révoque les pouvoirs de son *cognitor* (1).

α) Quelles conséquences va produire le refus qu'oppose le *cognitor* de lier l'instance? La question n'est traitée dans les textes qu'en ce qui concerne le *cognitor* du défendeur, car c'est surtout ici qu'elle présente un caractère particulier de gravité (2). La procédure de l'*ordo* n'admettant pas de procès par défaut (3), l'instance ne peut s'organiser, si le *cognitor* se refuse à apporter à la liaison de l'instance son concours indispensable et ne veut pas *accipere iudicium*. Or cette attitude du *cognitor*, qui se refuse à *accipere iudicium* après la prestation de la caution, cause un grave préjudice, non seulement au *dominus* qui peut être poursuivi par une action *ex stipulatu* née de la *clausula ob rem non defensam* de la C. J. S., mais encore à l'adversaire dont l'action peut s'éteindre par le laps de temps et qui par l'action *ex stipulatu* n'obtient que des dommages-intérêts. Aussi le préteur, pour remédier à cet inconvénient, a-t-il rendu un

(1) L'adversaire peut-il se refuser à lier l'instance avec le *cognitor*, et conserve-t-il le droit d'agir avec le *dominus* après la *datio cognitoris*? Si c'est le demandeur qui agit par *cognitor*, le défendeur n'a pas le droit d'exiger que le *dominus* lui-même agisse contre lui. Mais, si c'est le défendeur qui s'est fait représenter, l'adversaire, qui n'a pas déduit son droit en justice, conserve-t-il son droit d'agir avec le *dominus*? Peut-être cette question est-elle soumise dans chaque cas à la *cognitio* du magistrat. En tout cas, il n'y a pas à invoquer D., 3, 3, 10 et 11, qui sont le commentaire de l'édit de *cognitore ad litem suscipiendam dato*, ni D., 3, 3, 69, qui se rapporte à la procédure *in iudicio*. Cf. Debray, *op. cit.*, pp. 127-130.

(2) Si c'est le *cognitor* du demandeur qui ne veut pas agir, le maître de l'affaire doit prendre le parti de le remplacer, et s'il souffre quelque dommage du retard qui en résulte, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

(3) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 1002.

édit qui forçait à *accipere judicium* le *cognitor* ayant accepté sa mission et pour lequel le *dominus* avait fourni la *C. J. S.* Mais le magistrat n'oblige le représentant que *cognita causa* ⁽¹⁾. C'est ainsi qu'il ne le contraint pas à *accipere judicium*, s'il vient de recevoir une dignité ⁽²⁾, s'il a besoin de s'absenter dans l'intérêt de l'État ⁽³⁾, s'il est malade ⁽⁴⁾, s'il doit voyager ⁽⁵⁾, s'il a une succession à recueillir ⁽⁶⁾, ou pour tout autre juste motif ⁽⁷⁾. Il en est de même, si le *dominus* est présent *in jure* ⁽⁸⁾, à condition qu'il puisse être forcé d'*accipere judicium* ⁽⁹⁾. Cependant, même dans ces circonstances, le *cognitor* peut quelquefois être contraint d'*accipere judicium*, par exemple si le *dominus* n'assiste pas aux débats *in jure* et qu'il s'agisse d'une action temporaire ⁽¹⁰⁾. Il est à remarquer aussi que l'édit ne s'applique que si les plaideurs se trouvent dans une situation visée par l'édit ⁽¹¹⁾. Parfois même, le *cognitor* ne pourra pas être obligé d'*accipere judicium* et la caution ne sera pas efficace; il en est ainsi quand une inimitié mortelle est survenue entre le *cognitor* et le *dominus* : Paul déclare qu'il y a alors « *nova causa* ⁽¹²⁾ ».

β) Reste la question de savoir quelles complications vont naître si, le *dominus* révoque les pouvoirs de son *cognitor* et lui interdit de continuer à se charger de l'affaire. Avant la

(1) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 13 (Lenel, *Pal.*, 311).

(2) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 8, 3.

(3) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 8, 3.

(4) Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 9 (Lenel, *Pal.*, 77).

(5) Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 9.

(6) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 10 (Lenel, *Pal.*, 311).

(7) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 10.

(8) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 10.

(9) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 11 (Lenel, *Pal.*, 172).

(10) Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 12 (Lenel, *Pal.*, 78).

(11) Ulpien 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 15, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 311).

(12) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 14 (Lenel, *Pal.*, 173). *Adde* les motifs donnés dans une situation voisine par Labéon, cités par Paul, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 43, 6 (Lenel, *Pal.*, 185). V. aussi Julien, cité par Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 8, 3.

litis contestatio, le *dominus* a en effet pleine liberté de changer son *cognitor* ou de se substituer à lui pour la conduite de l'affaire (1). Tout au plus, ce droit peut-il être mis en doute, s'ils s'agit d'un *cognitor in rem suam*. En ce qui concerne le *cognitor in rem suam* constitué par le demandeur, la question est discutée par Ulpien au livre 65 sur l'édit, dans un texte qui appartient au commentaire de l'édit *de constituendo curatore bonis dando et administratione ejus*, et qui ne traite à cette place du cessionnaire de créance ou plutôt d'une variété de cessionnaire de créance, l'acheteur d'une hérédité, que parce que son rôle est analogue à celui du *curator bonorum* (2). Il résulte de ce texte que si le *dominus* a constitué un *cognitor* ou un *procurator in rem suam* pour intenter une action ou recevoir de l'argent et qu'ensuite il se présente lui-même pour exercer ses droits, la situation du cessionnaire de créance doit être préférée, parce qu'il a les actions utiles *suo nomine*.

(1) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 16 (Lenel, *Pal.*, 175). Les derniers mots du texte « *vel ipsi domino* (ou, selon Mommsen, *domino vel ipsi*) *judicium accipiendi* » laissent penser qu'il s'agissait plutôt dans le texte du *cognitor* du défendeur. Mais une solution identique existait pour le *cognitor* du demandeur.

(2) Ulpien, 65 *ad ed.*, D., 3, 3, 55 (Lenel, *Pal.*, 1446) : « *Procuratore* (vel *cognitore*?) *in rem suam dato praeferendus non est dominus procuratori* (vel *cognitori*?) *in litem movendam vel pecuniam suscipiendam : qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit* ». Primitivement, ce texte ne se référait qu'à une hypothèse spéciale : cf. Bähr, *Jahrbücher* de Ihering, 1, 1857, p. 388; Salpius, *Novation*, p. 403, cité par Krüger, *C. J. C.*, 1, *ed. stereot.* 11, p. 71, n. 9, qui veut lire : « *Emptore hereditatis procuratore* »; Gide, *op. cit.*, p. 365, n. 1; Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 542; Girard, *Manuel*⁴, p. 731, n. 3 et p. 732, n. 1, 2, 3. Et il s'agit sans doute de l'acheteur d'une hérédité qui a, comme le *curator bonorum*, une masse de biens à administrer, et qui a, comme lui, des actions utiles. Quant au droit de révocation du *dominus*, il est seulement écarté, parce que le cessionnaire a les actions utiles. Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 731, n. 3. *Contra*, Gide, *op. cit.*, p. 291. V. sur la question de savoir si le cessionnaire est un *cognitor* ou un *procurator in rem suam*, Lenel, *L'édit*, 2, p. 176; *Ed. perp.*², p. 419, et *Pal.*, 2, p. 797, 2. A notre avis, la question reste indécise.

Le jurisconsulte n'écarte le droit pour le *dominus* de révoquer son *cognitor* qu'en invoquant le système d'actions utiles données au *cognitor in rem suam* à défaut d'actions *mandatae* : c'est donc qu'en règle générale le *dominus* peut révoquer avant la *litis contestatio* les pouvoirs du *cognitor in rem suam*, puisqu'il a fallu l'introduction d'actions utiles en faveur du cessionnaire de créance pour lui retirer l'exercice de ce droit.

A l'époque classique, la révocation des pouvoirs du *cognitor* peut se faire sans forme : ainsi s'explique-t-on, dans un texte de Gaius (1), que l'adversaire puisse ignorer cette révocation.

Qu'arrive-t-il si le *dominus* a révoqué les pouvoirs de son *cognitor* et que celui-ci persiste à vouloir *litem contestari*? Cette situation peut se produire pour le *cognitor* d'un demandeur comme pour le *cognitor* d'un défendeur. Toutefois dans les sources ce problème n'est étudié qu'en ce qui concerne le *cognitor* du défendeur, et les jurisconsultes n'envisagent qu'un côté pratique du problème : la répercussion de la révocation des pouvoirs du *cognitor* sur la *C. J. S.* fournie par le *dominus*. Toute cette question est clairement exposée par un texte de Gaius au livre 27 de son commentaire sur l'édit provincial (2), qui se rapporte évidemment au

(1) Gaius, *D.*, 46, 7, 7. Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 91, n. 2. — Mais il est possible que primitivement la révocation du *cognitor* ait eu lieu par un acte solennel contraire à la *cognitoris datio* et adressé à l'adversaire : cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 53.

(2) Gaius, 27 *ad ed. prov.*, *D.*, 46, 7, *J. S.*, 7 (Lenel, *Pal.*, 363) : « Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit cognitor (D. : procurator) a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? Et nihil aliud dici potest quam committi. Quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Julianus non putat stipulationem committi : nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est, sed oportere etiam causam personae eandem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit ». La finale du texte nous donne, comme autres exemples de l'inefficacité de la caution, le cas du *cognitor* qui devient l'héritier du *dominus* et *litem contestatur* en cette qualité, et celui du *defensor absentis* qui, ayant personnellement fourni

cognitor. Le texte distingue deux hypothèses, suivant que le demandeur a connu ou non la révocation des pouvoirs du représentant. Si le demandeur ignore cette révocation, on conçoit qu'il fasse *litis contestatio* avec le *cognitor*. Et l'on ne peut lui reprocher aucune faute ni aucune imprudence : c'est pourquoi il aura, grâce à sa bonne foi, le droit de se prévaloir de la *C. J. S.* fournie par le *dominus*. Car, si la révocation de la *cognitoris datio* entraîne pour le *cognitor* déchéance de sa qualité, elle ne peut être prise en considération par l'adversaire qu'à partir du moment où il en a été informé.

Mais il n'en est plus de même, si le demandeur a connu la révocation du représentant et s'il a persisté à *litem contestari* avec lui. La *C. J. S.*, ou plus exactement la *clausula de re judicata*, puisque le *judicium* est *acceptum*, est alors inefficace en vertu même de sa contexture, et elle cesse de produire effet, quand le *cognitor*, par suite d'un changement de condition, fait *litis contestatio* à un autre titre, car la cause pour laquelle elle a été donnée n'existe plus.

II. — Ces préliminaires une fois terminés, le *cognitor* et son adversaire vont alors accomplir la *litis contestatio*. Le demandeur propose au défendeur d'accepter comme base de leurs rapports futurs la formule que vient de délivrer le magistrat et dont il lui donne communication, et le défendeur accepte de plaider sur la formule rédigée par le magistrat (1). A partir du

la *C. J. S.*, accepte le *judicium* comme *cognitor*. — Le représentant cité dans le texte est évidemment le *cognitor*, puisqu'il n'est pas douteux que le *procurator* est toujours tenu par sa promesse *J. S.*; et la caution dont il est question est la *C. J. S.*, car la procédure *per sponsionem* avec la *C. P. P. L. V.*, en sa qualité d'institution relevant surtout du préteur urbain, doit tenir peu de place dans le commentaire de Gaius sur l'édit provincial. Cf. sur ce texte, Duquesne, *Mél. Gérardin*, pp. 199-227.

(1) Cette idée, que la *litis contestatio* résulte d'un accord des parties, est due à M. Wlassak, *Litis contestatio*, 1889, et nous semble tout à fait exacte. V. sur la question des formes de la *litis contestatio*, notamment Wlassak, *op. cit.*, §§ 5-6; Lenel, *Z. S. St.*, 15, 1894, pp. 374-392; 24, 1903, pp. 329-343; Busz, *Die Form der Litis Contestatio*, 1907; Hölder, *Z. S. St.*, 31, 1910, pp. 371-385.

moment où existe cet accord des parties, l'instance est liée. Il ne va plus être question entre les plaideurs et devant le juge que du contenu de la formule. C'est donc ici le moment de rechercher quelles sont les conséquences de la *litis contestatio*. Néanmoins, avant d'aborder cette étude, il faut nous demander quelle est la structure de la formule délivrée par le prêteur, quand l'une des parties s'est fait représenter en justice.

Au cas de représentation judiciaire, la formule délivrée par le magistrat présente quelque particularité. C'est une formule avec transposition de sujets, contenant le nom du représenté dans l'*intentio* et celui du représentant dans la *condemnatio* : la question posée par rapport au représenté dans l'*intentio* va être tranchée par rapport au représentant dans la *condemnatio*. C'est ce qui distingue des autres sortes de formules la formule avec transposition. Gaius, 4, 86, 87, en cite plusieurs exemples, suivant que le représentant agit pour le demandeur ou pour le défendeur dans des hypothèses d'actions réelles et personnelles (1). Ainsi, dans un procès tendant au paiement d'une somme d'argent déterminée et intenté pour le compte de P. Mevius par son *cognitor* L. Titius contre un défendeur N. Negidius, la construction de la formule est la suivante : « *L. Octavius judex esto* (2). *Si paret N. Negidium P. Mevio tertium X milia dare oportere, judex N. Negidium L. Titio ses-*

(1) Gaius, 4, 86 : « *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit* ». — La fin du par. 86 et tout le par. 87 sont consacrés à des exemples de formules avec transposition; le jurisconsulte, après avoir examiné le cas où le plaideur qui intente une action réelle se fait représenter, s'occupe du défendeur et recherche quelle est la construction de la formule, s'il se fait représenter, soit dans une action personnelle, soit dans une action réelle. Dans ce dernier cas, observe le jurisconsulte, « *nihil in intentione facit ejus persona cum quo agitur* ». V. Keller-Wach, *R. C. P.*, § 52, pp. 264-265.

(2) C'est l'opinion qui nous semble la plus exacte : en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 1004, n. 3. C'est ainsi que Cicéron, *In Verr.*, 2, 2, 12, 31, construit la formule de la *rei vindicatio*. Selon nous, la *litis contestatio*

tertium X milia condemna, si non paret, absolve ». La formule avec transposition est une action prétorienne⁽¹⁾. Ce procédé a été imaginé par le préteur. Gaius, 4, 35, l'indique même pour un cas particulier de formule avec transposition, la *formula Rutiliana*. Le préteur a pris comme modèle une formule civile, mais il a mis dans la *condemnatio* le nom d'une personne autre que celui du plaideur contenu dans l'*intentio* ; cette innovation a été réalisée par une simple modification apportée aux termes de la *condemnatio*. Cette formule n'est qu'une dérivation naturelle de ce qui se produisait sous les Actions de la loi, quand la représentation était exceptionnellement permise, et c'est en s'inspirant de certains précédents pratiqués antérieurement que le préteur imagina le procédé de la formule avec transposition⁽²⁾. Le magistrat a dû d'abord appliquer ce procédé au cas de la représentation en justice et, en particulier, au cas de la représentation par *cognitor*, puisque ce représentant semble même être intervenu d'une façon limitée dans la procédure, dès l'époque des Actions de la loi. Certains auteurs ont pourtant contesté que la formule avec transposition eût d'abord été admise au cas de représentation en justice⁽³⁾, mais l'objection tirée de Gaius, 4, 35, n'est pas probante, car l'invention du préteur Rutilius ne s'applique qu'à un cas particulier, et elle a pu très bien consister dans l'extension à une situation digne d'intérêt d'un moyen déjà admis pour la protection d'un état de choses antérieur.

Après avoir ainsi résolu la question de la structure de la formule donnée à un représentant judiciaire, nous nous occuperons maintenant des conséquences que produit la *litis contestatio* faite *alieno nomine*. Ses effets sont de deux sortes : elle éteint le droit litigieux, elle lui substitue un droit nouveau,

suit la *datio judicis*. V. un excellent résumé de la question dans Duquesne, *T. J.*, pp. 224-237.

(1) V. par exemple Girard, *Manuel*⁴, p. 4044. C'est l'opinion unanime des auteurs.

(2) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 4020.

(3) V. cependant, mais à tort, Debray, *op. cit.*, p. 433.

celui d'obtenir un jugement dont les termes sont déterminés par la formule (1). Nous rechercherons en premier lieu si la *litis contestatio* faite par le *cognitor* éteint l'obligation ancienne qui existait entre le *dominus* et l'adversaire ; nous examinerons en second lieu si elle crée un rapport obligatoire entre le *cognitor* et l'adversaire, et comment, ce rapport ne pouvant subir après coup aucune modification, le *dominus* qui veut changer son *cognitor* doit recourir à la procédure spéciale de la *translatio iudicii*.

1. — En ce qui concerne l'effet extinctif de la *litis contestatio*, nous nous demanderons d'abord si la liaison de l'instance par le *cognitor* éteint l'obligation ancienne existant entre le *dominus* et l'adversaire, et ensuite comment se produit cette extinction.

a) La question de savoir si la *litis contestatio* accomplie par un *cognitor* éteint le droit litigieux existant au regard du *dominus*, doit être examinée tant au point de vue du *cognitor* du demandeur qu'à celui du *cognitor* du défendeur.

En ce qui concerne le *cognitor* du défendeur, la solution est nettement indiquée par Ulpien dans son livre 75 sur l'édit, au milieu des développements qu'il consacre à l'exception *rei judicatae vel in iudicium deductae* (2). Il résulte de ce texte que, si le demandeur agit contre le *cognitor* du défendeur, il consomme son droit en justice et s'enlève par là la faculté d'agir à nouveau à raison du même droit en vertu de la règle : « *bis de eadem re ne sit actio* ». La solution serait la

(1) Gaius, 3, 180.

(2) Ulpien, 75 *ad ed.*, D., 44, 2, *De exc. r. j.*, 44, 7 (Lenel, *Pal.*, 1670) : « *Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae hoc personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt. inter hos erunt [cognitor], procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum : ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit* ». Ce principe est d'ailleurs déjà indiqué par Cicéron, *Ad. Att.*, 16, 15, 2 et répété par Julien, D., 5, 1, 74, 2, Pomponius, D., 46, 3, 23, et Ulpien, D., 15, 3, 10, 1.

même, s'il agissait contre un *defensor* sans mandat : dans tous les cas, il y a identité de question. La raison d'être de cette règle vient de cette idée formaliste qu'une action exercée une première fois par une personne ne peut l'être par elle une seconde.

En ce qui concerne le *cognitor* du demandeur, la question est tranchée par Gaius ⁽¹⁾, et par Julien au livre 56 de ses Digestes, dans un fragment qui traite du *cognitor* ⁽²⁾. Il résulte de ces textes que le *dominus* qui a agi par un *cognitor* dans un premier procès n'a pas le droit de recommencer contre la même personne le procès déjà entrepris par son représentant ; s'il veut lier à son tour l'instance, il est repoussé par une exception tirée de la déduction en justice ⁽³⁾. C'est donc que le *cognitor* du demandeur déduit le droit du *dominus* en justice, tout comme le *dominus* aurait con-

(1) Gaius, 4, 97, 98. Cf. déjà en ce sens, Keller, *Litiscontestatio*, p. 38 s. V. aussi Erman, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso jure-Consumption* [Z. S. St., 19, 1898], § 13, p. 65 du tirage à part. — Le droit admis encore à l'époque de Gaius en ce qui concerne le *procurator* est différent : cf. Gaius, 4, 98, 99.

(2) Julien, 56 Dig., D., 46, 8, *Rat. rem.*, 22, 8 (Lenel, *Pal.*, 734) : « Si *procurator* *judicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si cognitor* (D. : *verus procurator*) *fuisse, exceptio rei judicatae dominum summovertet* ». L'expression « *verus procurator* » a été interpolée par les compilateurs de Justinien et désigne le *cognitor*, puisqu'au temps de Gaius, postérieurement à Julien, les *procuratores* ne déduisent pas le droit du *dominus* en justice. Dans notre espèce, lorsque c'est un *procurator* qui a intenté un procès en revendication d'hérédité contre une personne et qui a accompli la *litis contestatio*, et qu'ensuite le *dominus* réclame un fonds de terre faisant partie de cette hérédité et lie l'instance à son tour, la caution *de rato* fournie par le *procurator* devient efficace.

(3) Comme il ne s'agit ici que de la déduction en justice, c'est le deuxième terme de l'exception *rei judicatae vel in judicium deductae* qui se trouve en cause. A notre avis, le langage de Gaius, 4, 106, 107, 121, justifie l'unité de cette exception discernée par M. Lenel, *L'édit*, 2, pp. 254-260, suivi par Girard, *Manuel*⁴, p. 1033, n. 5. V. pour l'examen de cette question, Lenel, *Ed. perp.*³, pp. 486-491.

sommé l'action, s'il avait fait lui-même *litis contestatio*. Les motifs de cette situation privilégiée nous sont exposés par Gaius. Le *cognitor* agit en vertu d'un pouvoir en forme qui lui a été donné par le *dominus*, il est *loco domini* : aussi ne cause-t-il aucune inquiétude au défendeur sur le point de savoir si « *iterum dominus de eadem re experiatur* ». La dispense de caution *de rato* prouve d'une façon sûre la consommation du droit du *dominus*.

b) Il reste à rechercher comment s'opère cette déduction en justice. L'effet extinctif de la *litis contestatio* s'opère-t-il de plein droit ou par voie d'exception dans les actions prétorienes avec transposition (1)? La réponse est donnée par Julien au livre 56 de ses Digestes, quant au *cognitor* du demandeur (2). Il s'agit du cas où, après qu'un *cognitor* a intenté un procès en revendication d'hérédité et fait *litis contestatio*, le *dominus* réclame un fonds de terre faisant partie de cette hérédité. Julien décide que le maître ne peut faire ce second procès sans se voir opposer l'exception ou même être repoussé *ipso jure*. Le « *in iudicium deducere* » fonde par conséquent la consommation prétorienne exactement comme la déduction

(1) D'après M. de Pokrowski, *Z. S. St.*, 16, 1895, pp. 59-67, les actions prétorienes avec transposition dont se servent les représentants judiciaires sont toutes des actions *in factum*, où la *litis contestatio* n'éteindrait le droit qu'*exceptionis ope*. Cet auteur n'admet une exception qu'en faveur du *cognitor*, et il l'explique par le caractère civil de la cogniture, alors qu'il refuse la *consumptio ipso jure* aux autres représentants du créancier. Mais cette théorie a été combattue par M. Erman, *op. cit.*, § 13, pp. 63-69, suivi par Audibert, compte rendu d'Erman, *Actio in factum*, *N. R. H.*, 24, 1900, p. 263, qui a montré que le *deducere in iudicium* était le fondement de la consommation civile, comme de la consommation prétorienne, et que le traitement appliqué au *cognitor* devait être étendu aux autres représentants judiciaires, qui employaient la même formule avec transposition, d'autant plus que la situation était certainement la même, qu'il s'agit d'un *cognitor* ou d'un *procurator*, dans le cas où c'était le défendeur qui était représenté.

(2) Julien, 56 *Dig.*, D., 46, 8, *Rat. rem*, 22, 8 (Lenel, *Pal.*, 734) : « *Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si cognitor (D. : verus procurator) egisset, domino aut ipso jure aut propter exceptionem actio inutilis esset* ».

ipso jure. Le droit est éteint *ipso jure*, dès que les conditions de celle-ci sont réalisées, quand l'instance constitue un *judicium legitimum*, quand l'action est une action personnelle et quand la formule est une formule *in jus* (1). Sinon la seconde poursuite est seulement exclue par une exception tirée de la déduction en justice. En fait le résultat est à peu près le même : c'est l'opinion qu'exprime Paul à propos de la déduction d'un droit en justice par le *cognitor* (2). Lorsque c'est le défendeur qui s'est fait représenter en justice par un *cognitor*, le droit du demandeur sera également déduit, tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*.

2. — En éteignant l'obligation ancienne qui existait entre le *dominus* et l'adversaire, la *litis contestatio* donne naissance à une obligation nouvelle qui se forme entre le *cognitor* et l'adversaire, et elle crée un droit nouveau, celui d'obtenir un jugement dont les termes sont déterminés par la formule et qui sera rendu par rapport au *cognitor*. Grâce au mécanisme de la procédure, le représentant devient sujet de l'action. Le *judicium* n'est pas seulement une simple procédure, mais c'est aussi un rapport juridique ayant pour sujets les plaideurs et peut-être aussi le juge, qui résulte de la liaison contradictoire de l'instance (3). Il s'ensuit que la *litis contestatio* fixe, non seulement les éléments réels du procès, mais encore ses éléments personnels. Le rapport juridique établi entre le *cognitor* et l'adversaire ne peut en principe subir après coup aucune modification. Or les circonstances peuvent exiger que le *dominus* change un des éléments personnels de la formule et remplace son *cognitor*, par exemple si le représentant vient à mourir. Il va donc y avoir

(1) Gaius, 4, 103-109; Gaius d'Autun, 4, 97-110.

(2) Paul, 8 *ad ed.*, D., 50, 17, *De R. J.*, 112 (Lenel, *Pal.*, 469) : « *Nihi interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur* ».

(3) Cf. en ce sens, Wlassak, *Litis contestatio*, p. 59 s. V. en dernier lieu Duquesne, *T. J.*, p. 12 s., p. 116 s.

lieu à une *translatio iudicii* (1). Cette procédure spéciale est d'application très fréquente, quand l'une des parties s'est fait représenter par un *cognitor*. Aussi existe-t-il de nombreux textes qui traitent de la *translatio iudicii* dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*. Nous allons donc rechercher quel est le mécanisme de la *translatio iudicii cognitoria*. Néanmoins, avant d'aborder cette étude, il nous faut examiner deux questions : premièrement, ses cas d'application ; deuxièmement, sa raison d'être.

La *translatio iudicii* peut être rendue nécessaire dans divers cas. Celui auquel on songe le plus naturellement et qui se produit le plus souvent, c'est le cas de la *translatio* du *cognitor* au *dominus*. Le *dominus* est intéressé à la bonne conduite du procès que dirige son *cognitor*. Cet intérêt se marque nettement, s'il joue le rôle de demandeur ; le représentant déduit son droit en justice. Mais cet intérêt n'existe pas moins, si le *dominus* a la situation de défendeur, car, même en admettant qu'il ne soit pas poursuivi par l'action *iudicati*, il est tenu par l'action *ex stipulatu* née de la *clausula de re iudicata* de la *C. J. S.* qu'il a fournie, et qui devient efficace lors du prononcé de la sentence de condamnation. Or il peut arriver qu'après la *litis contestatio* le *cognitor* soit empêché de conduire le procès, s'il vient à mourir ou s'il tombe malade, ou bien qu'il le conduise mal, au cas, par exemple, où une inimitié mortelle est survenue entre le représentant et le représenté. Dès lors, le *dominus* est forcé de changer son *cognitor* ou de prendre lui-même la direction de l'instance. Le *cognitor* lui-même peut demander à ne plus être chargé de l'affaire, si un motif plausible le met dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, car il n'a pas le droit de se substituer un représentant pour continuer la procédure (2). Mais, à côté de la *translatio iudicii* du *cognitor* au *dominus*, il y aura quelquefois lieu à une *translatio iudicii* du *dominus* au *cognitor* : c'est ce qui se produit quand le

(1) La procédure de la *translatio iudicii* n'est applicable que lorsqu'il s'agit de modifier un élément personnel de la formule.

(2) *D.*, 3, 3, 24.

dominus, après avoir fait *litis contestatio*, ne peut continuer à diriger son procès et veut *pendente lite* se substituer un *cognitor*.

Quant à la raison d'être de la procédure de la *translatio*, on peut très facilement l'indiquer. Le remplacement du *cognitor* implique une modification de la formule. Or cette correction se heurte à un obstacle capital : l'immutabilité de la formule fixée par l'accord des parties dans la *litis contestatio*. Par conséquent, si après la *litis contestatio* un des éléments de la formule est modifié et que l'un des plaideurs change, il semble nécessaire et rationnel d'admettre pour toute correction de la formule un accord nouveau sur une formule nouvelle. Mais ce moyen si simple et si logique en apparence n'est pas facile à réaliser à cause de la règle : « *bis de eadem re ne sit actio* ». Le plaideur ne peut agir à nouveau, car le droit est déduit en justice. L'effet extinctif de la *litis contestatio* s'est produit, en sorte qu'une nouvelle *litis contestatio* à raison du même droit n'est pas possible *de plano* (1). Ainsi, la partie défenderesse ne peut pas faire *litis contestatio* avec le demandeur, si le *judicium* est déjà *acceptum* par son *cognitor*. De même, le *dominus* ne peut à son tour lier l'instance avec le défendeur primitif, lorsque le *cognitor* a déjà fait avec celui-ci *litis contestatio de eadem re*. Or là est la raison d'être de la *translatio iudicii*, telle qu'elle ressort d'un rescrit impérial, qui étend à certaines catégories de *procuratores* l'édit ayant trait à la *translatio cognitoria* (2) :

(1) Une nouvelle *litis contestatio* n'est possible que si l'un des plaideurs, pouvant invoquer une cause de *restitutio in integrum*, a sollicité du magistrat et obtenu une *in integrum restitutio*, qui anéantit le procès et, par conséquent, les effets qui en résultent. Il y a alors lieu à un nouveau procès (*judicium restitutorium*).

(2) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 27, *pr. i. f.* (Lenel, *Pal.*, 316). Cette partie du fragment d'Ulpien appartient vraisemblablement à un rescrit impérial, suivant la conjecture ingénieuse de M. Eisele, *Cogn.*, p. 175, suivi par Koschaker, *op. cit.*, p. 51, et par Duquesne, *T. J.*, p. 161, qui a fait remarquer qu'elle est rédigée au style direct, tandis que la partie antérieure du fragment est au style indirect. Les termes mêmes « *sed haec ita si mandato domino procurator egit* » qui servent de liaison avec le début du fragment

« *Ceterum si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit, nec tu ea comprobasti : quae invito te acta sunt tibi non praejudicant ideoque translatio earum litium non est tibi necessaria, ne alieno facto onereris* ».

Il résulte de ce texte que le plaideur, qui a déduit son droit en justice par la *litis contestatio* et qui veut modifier un élément personnel de la formule et remplacer son *cognitor*, doit avoir recours à la procédure spéciale de la *translatio iudicii*, imaginée dans le but de donner satisfaction aux nécessités pratiques.

Ayant ainsi déterminé quand il y a lieu à *translatio iudicii* et quelle est la raison d'être de cette procédure spéciale, nous nous occuperons de rechercher son mécanisme. Cette question est très discutée par les auteurs. On est seulement d'accord pour admettre que la *translatio iudicii* entraîne une modification de la formule. Mais cet accord cesse d'exister, dès qu'il s'agit de savoir quel est le procédé de réalisation de la *translatio*. En tout cas, un point est certain : c'est que la *translatio iudicii* n'est pas l'exercice d'une action nouvelle, et qu'elle implique transfert dans le *iudicium translatum* d'une partie du contenu du *iudicium* antérieur. Un témoignage direct en est fourni par le rescrit impérial précité, inséré au livre 9 sur l'édit d'Ulpien (4). Ce texte démontre que la *translatio iudicii* d'un *procurator* au *dominus* est nécessaire, si le droit du *dominus* est déduit en justice, soit que le *dominus* ait donné un mandat certain au *procurator*, soit qu'il ait ratifié sa gestion. Mais il prouve aussi qu'elle est même possible, si le droit du *dominus* n'est pas consommé, et qu'elle équivaut alors à la

et l'opposition faite ici entre le *procurator* sans mandat et le *procurator* avec mandat montrent bien que le rescrit a été placé là par les compilateurs, car cette opposition est faite volontiers par Justinien. Quant à la phrase finale du fragment « *haec autem cognitio...* », elle se rattache mieux, croyons-nous, au début du texte où il s'agit du *cognitor*. — Le rescrit, qui examine le domaine d'application de la *translatio*, vise l'hypothèse du *procurator* d'un demandeur, mais la solution qu'il donne quant à la raison d'être de la *translatio* est à étendre au *cognitor*.

(4) D., 3, 3, 27, pr.

ratification par le *dominus* de la conduite du procès entrepris par le *procurator*, puisque par cette *translatio* le *dominus* se charge du fait d'autrui : « *alieno facto oneraris* » ; c'est la situation prévue par Scaevola, qui donne, au livre 5 de ses Réponses, un exemple de ratification *actu* (1). La *translatio iudicii* apparaît très nettement comme la poursuite du procès entrepris par le représentant, de sorte qu'il y a transfert dans le *iudicium translatum* du contenu du *iudicium* antérieur. Elle comporte *eadem res* au point de vue de la consommation du droit par son exercice en justice ; il y a toujours identité de question. Ce n'est donc en aucune façon l'exercice d'une action nouvelle (2). Bien au contraire, la *translatio iudicii* est quelque chose de tout à fait distinct. Pour résoudre la question de savoir quel est son mode de réalisation, nous examinerons d'abord si le procédé admis par les Romains assure l'unité du *iudicium* antérieur et du *iudicium translatum*. Nous indiquerons en second lieu quel est, à notre époque, le procédé qui semble avoir été employé par les Romains. En troisième lieu, nous étudierons ce procédé dans son application à l'hypothèse de la *translatio cognitoria*.

a) Recherchons d'abord si le mode de réalisation de la *translatio* assure l'unité du *iudicium* antérieur et du *iudicium translatum* (3). En d'autres termes, les effets positifs du *iudicium* antérieur, tels que l'interruption de la *praescriptio longi temporis* ou le fait de rendre perpétuelles et transmissibles les actions temporaires et intransmissibles, et les accessoires de ce *iudicium*, tels que la *C. J. S.* fournie par le défen-

(1) Scaevola, 5 *Resp.*, D., 46, 8, 5 (Lenel, *Pal.*, 309) : « *Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu : denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem* ».

(2) Cf. en ce sens Duquesne, *T. J.*, p. 57. — C'est donc la condamnation d'un des procédés admis par M. Koschaker, et de la construction imaginée par M. Hugo Krüger, *Z. de Grünhut*, 33, p. 541 s.

(3) Cf. Wlassak, *Cogn.*, p. 41, n. 11 ; cet auteur pose nettement la question.

deur, sont-ils maintenus lors du *judicium translatum*, toutes les fois que leur intérêt subsiste?

Sur cette question, nous avons quelques textes. Les juriconsultes se demandent en effet quelle répercussion la *translatio judicii cognitoria* aura sur le maintien de la *C. J. S.* précédemment fournie par le défendeur?

En ce qui concerne l'hypothèse d'une *translatio judicii* du *cognitor* au *dominus* faite *ex parte actoris*, ce point est clairement discuté dans un fragment d'Ulpien, au livre 9 sur l'édit, qui se rapportait dans sa forme première au *cognitor* ⁽¹⁾. Le juriconsulte recherche quelle influence le changement de personnes résultant d'une *translatio ex parte actoris* peut avoir sur l'efficacité de la *C. J. S.* donnée antérieurement par le défendeur, et il décide que la *C. J. S.* garde

(1) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 27, 1 (Lenel, *Pal.*, 317) : « Si ex parte actoris litis translatio fiat, dicimus committi judicatum solvi stipulationem, a reo factam, idque et Neratius probat et Julianus et hoc jure utimur : scilicet si dominus satis accepit. Sed et si cognitor (D. : procurator) satis accepit et transferatur judicium in dominum, verius est committi et ex stipulatu actionem a cognitore (D. : procuratore) in dominum transferri. Sed et si a domino vel a cognitore (D. : procuratore) in cognitorem (D. : procuratorem) judicium transferatur, non dubitat Marcellus, quin committatur stipulatio. Et haec vera sunt. Et licet cognitori (D. : procuratori) commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda ». Sans parler de la correction de *procurator* par *cognitor* tout à fait admise, la finale « *directa penitus tollenda* », qui est sans utilité, est considérée comme interpolée par Cujas, *Op. om.*, 6, éd. Fabrot, Paris, 1658, col. 409 A (*Rec. Sol. ad Lib. LV Dig. S. Juliani, ad h. l. D.*, 1, 3, 20), A. Favre, *Rational. in Pand.*, ad h. l., Lyon, 1659, 1, p. 324, et *Conj. j. c. libr. 20*, Lyon, 1661, liv. 12, c. 4, p. 386; et Mitteis chez Koschaker, *op. cit.*, p. 74, n. 3. Outre cette correction, M. Krüger, *C. J. C.*, 1, ed. stereot. 11, p. 69, n. 1, propose de supprimer au début de la troisième phrase les mots *a domino vel*. L'insertion de ces mots rompt en effet l'enchaînement des idées, car jusqu'alors Ulpien suppose que le procès a été lié primitivement par un *cognitor*. A notre avis, les commissaires de Justinien ont dû retoucher le texte quant à la forme et opérer des coupures pour résumer de plus amples développements. Le début du texte même le montre bien. — Cf. sur ce fragment, Koschaker, *op. cit.*, p. 73 s.; Duquesne, *T. J.*, p. 60 s.

son efficacité, que le *judicium* soit transféré du *cognitor* au *dominus* ou à un autre *cognitor*. Il résulte donc de la décision d'Ulpien que la *C. J. S.* précédemment fournie par le défendeur est maintenue au cas d'une *translatio cognitoria ex parte actoris* du *cognitor* au *dominus*, car son intérêt subsiste (1). Une *mutatio partis* du côté du demandeur

(1) Dans le fr. *D.*, 3, 3, 27, 1, Ulpien se demande si le changement de personnes résultant d'une *translatio judicii* du *cognitor* au *dominus ex parte actoris* laisse subsister l'efficacité de la *C. J. S.*, précédemment fournie par le défendeur. Dans l'hypothèse de la *translatio* du *cognitor* au *dominus*, le jurisconsulte, examinant la question de l'efficacité de la caution, distingue deux cas, suivant que la promesse a été reçue primitivement par le *dominus* lui-même ou par le *cognitor* : l'efficacité de la caution ne soulève aucun doute dans le premier cas; dans le second, au contraire, elle n'a pas été admise sans hésitation. Le jurisconsulte examine ensuite l'hypothèse de la *translatio* du *cognitor* à un autre *cognitor* et décide que la caution n'est pas caduque, quand l'ancien *cognitor* l'a reçue et qu'ensuite le *judicium* est transféré à un autre *cognitor*. En pareil cas, l'action *ex stipulatu* doit être transférée au *dominus* comme action utile, tandis que l'action *directa* est paralysée en la personne du stipulant. A notre sens, l'explication du texte doit être tentée à un point de vue un peu différent de ceux adoptés par M. Koschaker et même par M. Duquesne. Les hésitations des jurisconsultes ne sont pas une conséquence du mécanisme de la *translatio*. Car, s'il en est ainsi, on s'explique difficilement pourquoi Ulpien, dans l'hypothèse de la *translatio* du *cognitor* au *dominus*, distingue deux cas, suivant que la stipulation a été reçue par le *cognitor* ou par le *dominus*, et donne une solution qui varie dans chaque cas et qui est plus ou moins affirmative. Si les doutes des jurisconsultes ont leur raison d'être dans le procédé admis en matière de *translatio*, ils doivent naître dans les deux cas. Or il n'en est pas ainsi, quand le *judicium* est transféré au *dominus* et que lui-même avait reçu primitivement la caution. Le langage d'Ulpien est alors très affirmatif : « dans cette hypothèse, déclare-t-il, la caution est efficace; c'est ce que prouvent Neratius et Julien, et cela est pleinement en usage, à savoir si le *dominus* lui-même a reçu caution ». Les hésitations que laisse entrevoir le fragment d'Ulpien ont une autre raison d'être. La décision du jurisconsulte porte atteinte dans le second cas, quand il s'agit d'une caution reçue primitivement par un *cognitor*, à un principe bien connu et d'application très rigoureuse en droit romain, celui qu'on ne devient pas créancier *per extraneam personam*. Cette difficulté ne se présentait pas, si la caution avait été reçue primitivement par le *dominus*, car la créance prenait alors

n'enlève pas sa raison d'être à la *C. J. S.* fournie par le défendeur, puisque ce dernier y est obligé par la nature

naissance chez le maître de l'affaire. Mais, lorsque la caution a été reçue primitivement par le *cognitor*, et que l'on admet que le bénéfice de cette stipulation est acquis au *dominus*, on viole la règle : « *per extraneam personam nihil adquiri potest* ». Faut-il admettre que le *cognitor* qui a figuré à l'acte et qui a stipulé par contrat verbal va pouvoir faire acquérir la créance au *dominus*? Cette solution n'existe pas normalement à l'époque classique. Bien au contraire, le mandataire conventionnel devient en principe seul créancier, parce qu'il est toujours obligé personnellement (cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, pp. 674-674). Or, en l'espèce, le *cognitor* a conclu un acte unilatéral, une stipulation. Puis survient une *translatio* qui anéantit son droit de conduire le procès et rend le *dominus* sujet de l'action. La *C. J. S.* doit être envisagée dans ses rapports avec la *lis* qui lui sert de support. Mais va-t-elle devenir caduque, maintenant que le stipulant est écarté du procès? Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faut admettre que le *cognitor* en stipulant a pu rendre créancier le maître de l'affaire pour lequel il agit en justice. Or cette innovation a été admise, après que l'action *iudicati* a été attribuée en règle générale au *dominus* qui avait agi par *cognitor*, et non au représentant, et l'on a estimé à juste titre que le sort de l'action *ex stipulatu* née de la *C. J. S.* devait être réglé sur celui de l'action *iudicati* : c'est l'objet de la décision d'Ulpien, *D.*, 3, 3, 28. Mais si cette conséquence est acceptée par les jurisconsultes, lorsque le *cognitor* a conduit le procès jusqu'au jugement, il s'ensuit que l'on va finir par admettre que la *translatio* du *cognitor actoris* au *dominus* est sans influence sur l'efficacité de la caution reçue par le *cognitor*. Or c'est précisément cette dérogation au système de la non-représentation active qu'Ulpien propose en des termes quelque peu dubitatifs : « *verius est committi et ex stipulatu actionem a cognitore in dominum transferri* ». L'action est transférée à l'intéressé comme action utile après examen du magistrat. Puis cette réforme s'est aussi réalisée, quand le *iudicium* a été transféré d'un *cognitor* à un autre *cognitor*, et Ulpien invoque en ce sens l'autorité d'un jurisconsulte un peu antérieur, Marcellus. Au reste, cette dérogation au principe est récente à l'époque d'Ulpien, puisque les jurisconsultes ne l'ont opérée que postérieurement à la codification de l'édit par Julien, et elle est demeurée isolée, peut-être même restreinte à la matière des stipulations prétoriennes, parce que celles-ci d'application très fréquente sont des actes unilatéraux et traités avec faveur (cf. pour une caution *ex operis novi nuntiatione*, reçue par un *procurator praesentis*, Ulpien 70 (71) *ad ed.*, *D.*, 43, 4, *De V. O.*, 79 (Lenel, *Pal.*, 1604), et pour les stipulations prétoriennes, Paul, 48 *ad ed.*, *D.*, 46, 5, *De stipul. praet.*, 5 (Lenel, *Pal.*, 626), etc. Cf. Girard, *Manuel*⁴,

du procès ou par sa qualité de représentant judiciaire. La cause pour laquelle elle a été donnée continue à subsister. Rien d'étonnant dès lors que la *C. J. S.* demeure efficace (1).

Supposons maintenant qu'une *translatio cognitoria* ait lieu *ex parte rei* du *cognitor* au *dominus* : quelle répercussion aura-t-elle sur la *C. J. S.* précédemment fournie ? Cette question n'est pas traitée dans les sources. Mais une hypothèse voisine est discutée par Papinien au livre 41 de ses Réponses (2). Le jurisconsulte recherche l'influence qu'une *translatio iudicii procuratoria* d'un *defensor absentis* au *dominus* peut avoir sur l'efficacité de la *C. J. S.* fournie par le *defensor*, et il décide que la *clausula de re iudicata* de cette caution est alors caduque. Toutefois, il n'en donne pas le motif. Or, ce résultat ne doit pas être attribué au mécanisme de la *translatio procuratoria* ; il s'explique par une raison très simple, et dépend de la texture même de la *C. J. S.* (3). Celle-ci n'est efficace que

p. 674). — Il est à remarquer que les fragments *D.*, 3, 3, 27, 4 ; 28 ; 29, se placent au même point de vue et constituent des exceptions au principe de la non-représentation dans les obligations.

(1) Cf. Duquesne, *Mél. Gérardin*, p. 227, et *T. J.*, p. 62 s. — C'est ce fait que la créance, produite par la *C. J. S.*, a pris naissance chez le maître de l'affaire, qui, étant joint à la persistance de la cause de la *C. J. S.*, explique que Julien, dans Ulpien, 75 *ad ed.*, *D.*, 2, 8, *Qui sat. cog.* (Lenel, *Pal.*, 691), se soit prononcé en faveur du maintien d'une *C. J. S.* reçue par un gérant d'affaires, qui reçoit ensuite un mandat pour revendiquer un fonds. Nous avons ainsi la preuve qu'à propos de la *C. J. S.* les jurisconsultes ne se sont pas laissé guider par la préoccupation de l'*eadem res*, qui s'appliquait en matière de *litis contestatio* et de chose jugée. Cf. Duquesne, *T. J.*, pp. 80-82.

(2) Papinien, 41 *Resp.*, *D.*, 20, 6, *Quib. mod.*, 1, 2 (Lenel, *Pal.*, 657) : « *Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit : in dominum iudicio postea translato sponsores* (*D.* : fidejussors) *ob rem iudicatam quos defensor dedit non tenebuntur nec pignora quae dederunt* ».

(3) V. *suprà*, p. 70, n. 4. — Les solutions de Julien et de Gaius au *D.*, 46, 7, 7, prouvent nettement que la *clausula de re iudicata* d'une caution fournie par le *dominus* pour son *cognitor* désigne personnellement comme *iudicatus* le *cognitor*. Des termes mêmes qui composent la formule de la *C. J. S.*, doit ressortir la cause pour laquelle la caution est donnée, de sorte

si la cause pour laquelle elle a été donnée continue à subsister dans le *judicium translatum*. Dans l'espèce proposée par Papinien, la *C. J. S.* devient caduque, simplement parce que la cause pour laquelle elle a été donnée n'existe plus ⁽¹⁾. Le *defensor absentis* doit fournir une caution, puisqu'il plaide *alieno nomine* : or le *dominus* plaide *suo nomine* et n'est pas tenu de la fournir. De là résulte l'extinction de la *C. J. S.*, dont la cause fait défaut. Si tel est le motif de la décision de Papinien, une solution analogue s'impose pour la *translatio judicii* du *cognitor rei* au *dominus*. La *translatio judicii*, en entraînant un changement de personnes et en aboutissant au remplacement du *cognitor*, va rendre caduque la *C. J. S.* fournie par le *dominus* pour son *cognitor*, puisque le *dominus* qui est substitué au *cognitor* plaide *suo nomine* et n'est pas obligé de donner caution : la raison d'être de la promesse disparaît. Mais ce résultat n'est pas la conséquence même du procédé admis en matière de *translatio*.

De toute cette discussion une conclusion très nette se dégage : c'est que le mode de réalisation de la *translatio judicii cognitoria* ne détruit pas par lui-même les accessoires du *judicium* antérieur demeurés utiles, et en particulier la *C. J. S.* précédemment fournie, toutes les fois que le changement de personnes laisse subsister la cause pour laquelle elle a été donnée. Le maintien de la *C. J. S.* dans les hypothèses mentionnées au *D.*, 3, 3, 27, 1, constitue un argument très solide qui prouve que les Romains, malgré la modification de la formule qui s'imposait à propos d'une *translatio judicii*

que, pour savoir si elle est efficace ou caduque, il suffit de comparer sa formule et celle du *judicium* lui servant de support et d'examiner si la raison d'être de la promesse subsiste.

(1) Cf. en ce sens, Duquesne, *T. J.*, p. 62 s. et *Mél. Gérardin*, p. 226. — Certes, dans *D.*, 46, 7, 7, la caution cesse de produire effet, parce que le défendeur, par suite d'un changement de condition, fait *litis contestatio* à un autre titre. Mais n'en est-il pas de même, quand, postérieurement à la *litis contestatio*, un changement de personnes résultant d'une *translatio judicii* fait disparaître la cause pour laquelle l'engagement a été pris ?

cognitoria, avaient assuré quant au fond l'unité du procès⁽¹⁾. Le terme de « *translatio iudicii* » était déjà un indice en ce sens. C'est donc cette idée directrice qui doit servir de base à toute étude sur la recherche du procédé de réalisation de la *translatio iudicii cognitoria*⁽²⁾.

b) Il nous faut à présent étudier comment les Romains sont arrivés à assurer l'unité du *iudicium* antérieur et du *iudicium translatum* et de quel procédé ils se sont servis pour atteindre ce résultat.

En ce qui concerne le mécanisme de la procédure de la *translatio iudicii*, la solution générale commandée par les principes serait qu'il y eût une *in integrum restitutio* suivie de la délivrance d'une nouvelle formule rectifiée. C'est la solution qui est admise, lorsqu'il s'agit de modifier un des éléments réels du procès, dans le but de permettre au demandeur d'éviter les conséquences d'une *plus petitio* ou d'autoriser le défendeur à faire insérer une exception oubliée⁽³⁾. Au cas de *translatio* le magistrat prononcerait alors une *in integrum restitutio*, puis délivrerait une nouvelle formule avec le nom du défendeur ou du demandeur remplaçant l'ancien. Enfin il faudrait supposer qu'il existait un expédient destiné à maintenir au *novum iudicium* les effets utiles de l'ancien *iudicium*.

Il est vraisemblable que c'est cette solution qui doit être admise, toutes les fois que la *translatio cognitoria* implique le changement d'un élément de fond de la formule, par exemple si le défendeur, au cas de *translatio* du *dominus* à un

(1) Cf. Duquesne, *T. J.*, pp. 82-83. — De même, en matière de *translatio iudicii hereditaria*, le *iudicium translatum* est identique au *iudicium* antérieur : cf. *D.*, 3, 2, 14; *D.*, 27, 7, 8, *i. f.* V. Koschaker, *op. cit.*, p. 241 s.; Duquesne, *T. J.*, pp. 165-166.

(2) C'est ce qu'avait déjà parfaitement aperçu M. Koschaker, *op. cit.*, p. 53 s. Mais cet auteur, en utilisant le critérium de la *C. J. S.*, a cru qu'elle avait un caractère impersonnel, alors que, d'après *D.*, 46, 7, 7, le *cognitor* y est mentionné comme *judicatus*, et c'est pourquoi il a abouti à des conclusions inexactes.

(3) Gaius, 4, 53, 57, 125. *Inst.*, 4, 6, *De act.*, 33.

cognitor actoris, greffe sur l'*intentio* la question de savoir si le représentant a qualité pour intervenir dans l'instance et invoque une exception *cognitoria*⁽¹⁾. Une telle correction de la formule ne peut être accomplie sans une adhésion des plaideurs à la nouvelle formule dans la forme d'une nouvelle *litis contestatio*, et celle-ci n'est possible qu'après rescision de l'effet extinctif de la précédente *litis contestatio* par une *in integrum restitutio*. Toutefois, s'il en est ainsi, c'est uniquement parce que la question soumise au juge se trouve modifiée et qu'un élément réel de la formule est changé.

Mais quelle solution faut-il admettre, quand il s'agit simplement de modifier un des éléments personnels du procès sans toucher à la question soumise au juge? Les sources ne mentionnent jamais l'emploi de l'*in integrum restitutio* pour réaliser la *translatio iudicii*. C'est là une objection fort sérieuse, à laquelle on ne répond pas suffisamment, croyons-nous, quand on fait observer que les applications de l'*in integrum restitutio* ont été éliminées dans le droit de Justinien, et que le silence des sources s'explique uniquement par l'interpolation des textes du Digeste⁽²⁾.

Il est à remarquer en effet que la *restitutio in integrum* se rencontre seulement dans des hypothèses où il s'agit de modifier l'objet du procès et où il est nécessaire de faire revivre l'action éteinte par la déduction en justice, pour qu'on puisse faire une nouvelle *litis contestatio*. Cela s'explique aisément. Car toute rectification de la formule portant sur le fond du procès implique nécessairement que la formule contient une inexactitude par suite de l'erreur d'un des plaideurs. De là vient que Gaius, 4, 125, mentionne l'erreur d'un défendeur qui a oublié de faire insérer une exception péremp-

(1) Gaius, 4, 125. Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 97; Duquesne, *T. J.*, p. 116. Au reste, dans ce cas, le défendeur pourra toujours faire insérer une exception; son oubli est causé par une erreur parfaitement excusable, puisque primitivement la question ne se posait pas et qu'elle n'est survenue que depuis la *translatio*.

(2) Cf. Duquesne, *T. J.*, p. 17 s., p. 216 s.

toire (1). Ce sont aussi des erreurs légitimes qui expliquent les cas de rescision cités par Gaius, 4, 53 et 57 (2). On peut encore supposer que l'une des parties a été engagée par le dol de son adversaire ou contrainte par des violences à accepter une formule inexacte et préjudiciable à ses intérêts. Or l'*error justus*, le dol, la *metus* sont précisément, avec l'absence, les causes les plus importantes d'*in integrum restitutio* pour les majeurs. De même, la restitution est accordée à un mineur contre l'extinction réalisée à son détriment d'un droit déduit en justice, parce que c'est là une cause de *restitutio in integrum* (3). C'est qu'en effet la *restitutio* étant un acte très grave n'est permise que dans un certain délai et pour des causes fort importantes et très restreintes, qui nous sont énumérées par les juriconsultes (4). Un préjudice même considérable, l'extinction d'un droit perdu en justice par exemple, ne suffit pas. L'*in integrum restitutio* apparaît donc comme une voie de recours autorisée à titre exceptionnel et très parcimonieusement en faveur d'une personne dénuée de protection légale, et se produisant dans des hypothèses où il s'agit de modifier l'objet du procès, tout simplement parce que de telles situations résultent de motifs qui sont des causes de restitution.

Or en est-il ainsi, lorsqu'il est question d'une *translatio iudicii* à proprement parler, qui implique uniquement la modification d'un élément personnel du procès. Il ne semble pas que les motifs qui nécessitent une *translatio* exigent une erreur du *dominus* ou un dol du *cognitor*. Une demande de translation peut fort bien ne pas être assujettie aux conditions étroites de la restitution. Les causes légitimes de translation sont beaucoup plus larges que les causes précises et limitées de restitution. La lecture des textes montre qu'il s'agit plutôt

(1) Gaius, 4, 125 : « *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus...* ».

(2) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 1056, n. 5.

(3) Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 1056; Lenel, *L'édit*, 1, p. 142; *Ed. perp.*³, p. 120.

(4) V. par ex. Paul, *Sent.*, 1, 7, 2.

d'empêchements de fait survenus après la constitution du *cognitor* et rendant difficile pour le représentant la continuation de la conduite du procès. Si donc nous ne sommes pas dans le domaine d'application de l'*in integrum restitutio*, n'est-ce pas user d'une façon injustifiée de ce procédé que d'admettre qu'il intervient nécessairement dans toute *translatio judicii* (1)? Le silence des sources sur l'application de l'*in integrum restitutio* en matière de *translatio judicii* s'explique par ce fait que l'*in integrum restitutio* n'intervient pas dans le mode de réalisation de la *translatio*, ses conditions n'étant pas réunies (2).

C'est pourquoi, selon nous, la procédure de la *translatio judicii* n'implique pas une *restitutio in integrum*, ni par suite une nouvelle *litis contestatio*, puisque celle-ci ne peut avoir lieu que sur la base d'une *in integrum restitutio*. A notre avis, la *translatio judicii* est une procédure spéciale imaginée par la pratique et permise en vertu de la *cognitio* du prêteur, qui tourne les difficultés résultant de la combinaison du principe de l'immutabilité de la formule et de la règle : « *bis de eadem re ne sit actio* ». L'autorisation de *transfere judicium* est accordée par le magistrat, car le plaideur ne peut à son gré modifier la formule. Mais le transfert lui-même est l'œuvre des parties. Telle est la conjecture qui, dans le laconisme de nos connaissances, nous paraît la plus vraisemblable.

c) Il reste à établir l'application de notre conjecture dans l'hypothèse de la *translatio judicii cognitoria*. Quel est le mé-

(1) Certes, si le *dominus* a à se plaindre d'une entente frauduleuse intervenue entre son *cognitor* et l'adversaire, il pourra demander au magistrat la rescision du *judicium* et faire une nouvelle *litis contestatio* avec l'adversaire, mais il y aura là application des règles de l'*in integrum restitutio*, qui est promise *ob dolum*.

(2) Quant aux auteurs, comme M. Eisele, *Z. S. St.*, 2, 1884, pp. 438-440, qui conjecturent qu'il faut toujours une *in integrum restitutio*, tout au moins devraient-ils admettre, avec M. Duquesne, *T. J.*, p. 56 s., que l'*in integrum restitutio* peut être à effets relatifs et qu'elle doit être suivie d'un expédient, tel qu'une *litis contestatio repetita die*.

canisme de la *translatio iudicii* dans les rapports du *dominus* et du *cognitor* et en quoi la *translatio cognitoria* se distingue-t-elle de la *translatio procuratoria*?

Si la *translatio* est fréquente dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*, elle se rencontre aussi dans ceux du *dominus* et du *procurator* (1), et, dans ces divers cas, elle apparaît nettement comme la poursuite du procès entrepris par le représentant. Toutes les fois que les parties sont d'accord et qu'il y a assentiment du *cognitor* ou du *procurator*, du *dominus* et de l'adversaire, la *translatio iudicii* s'accomplit de la même façon et sans qu'il soit besoin de distinguer entre la *translatio procuratoria* et la *translatio cognitoria* (2) : les plaideurs, qui

(1) Si la raison d'être de la *translatio iudicii* est l'effet extinctif de la *litis contestatio* et l'impossibilité de lier à nouveau l'instance sans une *in integrum restitutio*, il s'ensuit que c'est le procédé de la *translatio* qui est seul permis au *dominus*, lorsqu'il désire se charger d'un procès entrepris par son *procurator* ou un *defensor absentis*, car il ne peut renouveler la *litis contestatio*, le droit du demandeur étant déduit en justice : de là vient que les rares exemples de *translatio procuratoria* au temps des Sévères, cités par Papinien, 11 *Resp., D.*, 20, 6, 1, 2 (Lenel, *Pal.*, 657), [*translatio* d'un *defensor absentis* au *dominus*, réclamée sans doute par ce dernier, qui pouvait y avoir intérêt; du reste, Modestin, 3 *Reg., D.*, 3, 3, 64 (Lenel, *Pal.*, 205), nous montre que le *dominus* pouvait déjà avant la *litis contestatio* écarter son *defensor*], et par Paul, 5 *ad Plautium, D.*, 17, 1, 45, 1 (Lenel, *Pal.*, 1113) [*translatio* d'un *procurator* défendeur au *dominus* sur la demande du représentant] se rapportent presque tous à cette situation. En ce qui concerne le demandeur, il en sera encore ainsi, si le *dominus* a ratifié l'intervention de son *procurator*, et s'est enlevé par là le droit d'agir (arg. tiré des mots du fr. *D.*, 3, 3, 27, *pr.* : « ... *Nec tu ea comprobasti* », et par *a contrario* de Julien, 51 *Dig., D.*, 44, 2, 23, 2 : « *Si... fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, ... exceptio rei iudicatae non obstat* »). Il y a alors ratification *verbis*. Mais la *translatio* est même possible, bien que plus rare, s'il n'y a pas déduction en justice, lorsque le *iudicium* est *translatum* d'un simple *procurator* au *dominus*, et elle équivaut alors à une ratification *actu* (cf. *D.*, 3, 3, 27, *pr. in fine*, et Scaevola, 5 *Resp., D.*, 46, 8, 5).

(2) Cf. Duquesne, *T. J.*, p. 136. — La constitution de Constantin (a. 319), *C. J.*, 2, 12 (13), 22, qui étend ou confirme le procédé de *translatio cognitoria* à tous les *procuratores instituti*, c'est-à-dire à tous les *procuratores*

ont un motif plausible de transfert, demandent d'un commun accord au magistrat l'autorisation de faire la *translatio* et prêtent bénévolement leur concours à tous les actes de la *translatio*.

Mais en est-il de même, lorsque l'une des parties s'oppose à la *translatio*? Ce problème soulève deux questions que nous étudierons successivement :

α) Comment l'une des parties peut-elle obtenir le transfert malgré l'opposition de l'autre?

β) Comment le transfert lui-même s'opère-t-il?

α) Il est certain que le transfert ne se réalisera pas facilement si l'une des parties, le *dominus* ou surtout le représentant, fait opposition à la *translatio*. La solution générale commandée par les principes serait que le maître s'appuyât sur les moyens de droit qui découlent du rapport juridique existant entre eux pour solliciter la *translatio*. Le représentant, qui est sujet de l'action, a le droit de ne pas en être dépossédé sans motif légitime. De son côté, le *dominus*, qui a donné mission à quelqu'un de conduire son procès ne doit pas être embarrassé de cette charge sans juste cause. Aussi la procédure qu'indique Paul, *lib. 5 ad Plautium*, en ce qui concerne le *procurator* est-elle tout à fait normale (1). Le *procurator* mandataire qui a une juste cause à faire valoir en faveur du transfert devra intenter contre le *dominus* l'action *mandati contraria*, — ou, s'il n'est pas mandataire, l'action

avec mandat, montre bien dans ses derniers mots : « *Tunc enim etiam invitis his [procuratoribus] transferri lis potest* » que le caractère spécifique de la *translatio cognitoria* et de l'édit qui s'y rapporte, est de rendre obligatoire la *translatio* et d'y contraindre en cas de juste cause le représentant qui s'y refuse. Mais il n'y a donc aucune difficulté si toutes les parties y consentent. Il faut seulement demander ce transfert au magistrat, car la modification de la formule est chose trop grave pour être subordonnée uniquement au gré des parties.

(1) Paul, 5 *ad Plautium*, D., 17, 1, *Mand.*, 45, 1 (Lenel, *Pal.*, 1113) : « *Sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine justa causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me : nondum enim perfecisti mandatum* ».

negotiorum gestorum contraria —, afin d'obtenir une *translatio* du *judicium* au *dominus* et de contraindre par cette voie le maître à prêter son concours à la *translatio*. Et le *dominus* intentera pour sa part l'action *mandati directa*.

Mais c'était là un procédé lourd et incommode. Dans les rapports du *dominus* et du *cognitor*, ses inconvénients se faisaient particulièrement sentir, car la *translatio cognitoria* était très nécessaire et d'application fréquente. Le *dominus* courait un risque grave en cas de mauvaise conduite du procès par son *cognitor*. Aussi le préteur jugea-t-il nécessaire de simplifier et de faciliter la procédure de la *translatio*, et promit-il dans un édit qu'il garantirait au *dominus* la faculté de se substituer au *cognitor* ou de le remplacer par un autre représentant (1). Puis la jurisprudence étendit le droit d'imposer le transfert aux héritiers du constituant (2) et au *cognitor* lui-même, qui, s'il était empêché de conduire le procès, ne pouvait se substituer un autre représentant (3). Le *judicium transferre permittam* du préteur équivalait, en effet, à une promesse d'assistance pour imposer le transfert, et c'est en ce sens que le transfert nous est présenté par un grand nombre de sources comme dépendant du magistrat (4). De là vient que les jurisconsultes ont pris soin d'indiquer quels sont les justes motifs de *translatio*. Ce sont d'abord ceux qui, dans l'application de l'édit *de cognitore ad litem suscipiendam dato*, empêchent le magistrat de contraindre le

(1) *Frag. Vat.*, 341.

(2) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 17, 1 (Lenel, *Pal.*, 313).

(3) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 24 (Lenel, *Pal.*, 176) « [Cognitor] *mutari debebit vel ipso cognitore* (D. : procuratore) *postulante* ». Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 102. — Il en est différemment pour le *procurator* : cf. Koschaker, *op. cit.*, pp. 101-103.

(4) V. D., 3, 3, 24 : « *Mutari debebit vel ipso cognitore* (D. : procuratore) *postulante* » ; 25, *pr.* : « *Non debet [cognitor] carere propria lite... non facile ab eo [cognitore] lis erit transferenda* » ; 27, *pr.* : « *Juste cognitore* (D. : procurator) *hanc inconstantiam recusabit* » ; 46, *pr.* : « *Audiri debere [cognitorem] (dicimus)* ». Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 87 ; Duquesne, *T. J.*, p. 131.

cognitor à *accipere iudicium* (1). Ce sont aussi des raisons propres à notre hypothèse : ainsi il est légitime de demander la *translatio iudicii*, quand le *cognitor* est devenu trop âgé (2), quand il a été investi d'une dignité religieuse (3), quand il est suspect (4), quand il est en prison, en captivité ou au pouvoir de brigands (5), quand il est retenu par une action publique ou privée, épuisé par la maladie ou occupé par des affaires très importantes qui le concernent (6), quand il est envoyé en exil, ne comparait pas en justice ou a contre le *dominus* quelque cause d'inimitié (7), quand il devient l'allié ou l'héritier de l'adversaire (8), quand il entreprend un long voyage ou qu'il est empêché par quelque autre juste cause analogue (9). *A fortiori*, en est-il ainsi si le *cognitor* meurt ou subit une *capitis deminutio media* ou *maxima* : ces deux dernières hypothèses sont prévues sans doute dans un édit spécial (10). Si l'une des parties a un juste motif de *translatio* et demande directement le transfert au magistrat, par voie de *postulatio*, le préteur interposera son autorité pour forcer les récalcitrants à réaliser le transfert, et il usera de moyens de contrainte à l'égard des personnes sans le concours desquelles la *translatio* ne peut s'opérer, à l'égard du *cognitor* ou du *dominus* et de l'adversaire. Il se servira des procédés rentrant dans son rôle judiciaire. Mais le magistrat usera de son pouvoir essentiel et souple de *cognitio*, auquel le texte de l'*album* même offre un

(1) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 17, 2. — Inimitiés mortelles : *Frag. Vat.*, 340 b.

(2) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 17, 2.

(3) Modestin, 10 *Pandect.*, D., 3, 3, 18 (Lenel, *Pal.*, 132).

(4) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 19.

(5) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 19.

(6) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 20 (Lenel, *Pal.*, 176).

(7) Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 21 (Lenel, *Pal.*, 79).

(8) Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 22.

(9) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 23.

(10) Cf. Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 17, *pr.* : « ... A vivo cognitore (D. : procuratore) vel in civitate manente », et *Frag. Vat.*, 341 : « ... um de pluribus speciebus [loquitur] ».

appui (1), et il n'accordera le transfert au postulant qu'après avoir pesé les motifs invoqués pour et contre la *translatio*. Nous examinerons d'abord comment est obtenue une *translatio iudicii* du *cognitor* au *dominus*, et nous consacrerons ensuite quelques développements très brefs à l'hypothèse de la *translatio iudicii* du *dominus* au *cognitor*.

S'agit-il tout d'abord d'une *translatio iudicii* du *cognitor* au *dominus*, il faut distinguer suivant qu'il est question d'une *translatio ex parte rei* ou *ex parte actoris*.

Dans le premier cas, lorsque le *dominus* fait une demande de transfert du *iudicium* sur sa personne ou sur celle d'un nouveau *cognitor*, la collaboration de l'ancien *cognitor* n'est pas nécessaire, et les textes supposent quelquefois son absence(2). Il n'en serait autrement que si lui-même requerrait le transfert. Mais le *dominus* et l'adversaire sont toujours présents. Si le magistrat prononce la *translatio*, il contraindra le *dominus* défendeur à se charger de l'affaire.

Quand il est question d'une *translatio* du *cognitor actoris* au *dominus*, la coopération du *dominus* et de l'adversaire est nécessairement exigée. Il n'en est pas de même du *cognitor*, mais celui-ci sera ordinairement présent pour défendre les intérêts importants qu'il peut avoir et qui sont mis en jeu. Remarquons-le en effet, le *cognitor* n'a pas le droit de s'opposer à la translation pour le simple motif qu'il a été constitué *cognitor* : même après la *litis contestatio*, il peut être déposé de la conduite du procès (3). Pour arrêter la *translatio*, il devra invoquer des raisons particulières. Il peut prétendre que la demande de transfert du *dominus* l'inculpe de fraude

(1) Cf. sur la *cognitio* du préteur, Wlassak, v° *Cognitio*, Pauly-Wissowa, *Realencycl.*, 4, 1901, pp. 206-218 et surtout p. 208.

(2) V. par exemple D., 3, 3, 19; 20; 21.

(3) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 2, 25 (Lenel, *Pal.*, 314) : « *Nec ferendus est cognitor (D. : procurator) qui sibi adserit cognituram (D. : procuracionem): nam hoc ipso suspectus est qui operam suam ingerit invito* ». D'après Beseler, *Beiträge*, 1910, p. 5, tout ce passage aurait été tronqué par les compilateurs. — Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 94.

ou de maladresse dans la direction de la procédure et réclamer avant tout transfert un certificat d'honorabilité (1). Il mettra obstacle à la *translatio*, s'il a fait dans le procès des frais que le constituant ne lui a pas remboursés (2), si le *dominus* ne veut pas le décharger de tous les engagements qu'il a pris dans l'instance, et si, consentant à transférer certains accessoires de l'ancien *judicium*, il lui laisse la charge de sa *restitutio* (3), ou encore s'il est *in rem suam* et qu'il le prouve, car c'est alors lui qui est le vrai titulaire de la créance (4). On s'explique aisément que dans ces conditions le magistrat n'autorise pas le demandeur à remplacer son *cognitor*.

Mais ce transfert est accordé assez facilement par le préteur, quand il s'agit d'une *translatio iudicii* du *dominus* à un *cognitor*, car le *dominus* qui se prive de la conduite de l'affaire le fait de son plein gré. Les sources s'occupent très peu de cette hypothèse. Tout au plus peut-on citer un texte de Gaius qui examine un cas de *translatio ex parte rei* (5). Dans ce cas, le *dominus*, le *cognitor* et l'adversaire seront nécessairement

(1) Ulpien, D., 3, 3, 25 : « *Et hactenus erit audiendus, si dicat se cognitura* (D. : procuratore) *quidem carere velle, sed si id in laesa existimatione sua fiat : ceterum ferendus erit pudorem suum purgans* ».

(2) Ulpien, D., 3, 3, 25 : « *Item si retentione aliqua cognitor* (D. : procurator) *uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda* ». — Paul, 8 ad ed., D., 3, 3, 26 : « *Nisi dominus ei solvere paratus sit* ».

(3) Ulpien, D., 3, 3, 27, pr. : « *In causae cognitione etiam hoc versabitur, ut ita demum transferri a cognitore* (D. : procuratore) *judicium permittatur, si quis omnia iudicii* (sic F¹ avec Bas., 8, 2, 27 : en ce sens, Krüger, C. J. C., ed stereot. 11, 1, p. 68) *ab eo transferre paratus sit. Ceterum si velit quaedam transferre, quaedam relinquere, juste cognitor* (D. : procurator) *hanc inconstantiam recusabit* ».

(4) Ulpien, D., 3, 3, 25 : « *Plane si dicat in rem suam se cognitorem* (D. : procuratorem) *datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite* ».

(5) Gaius, 3 ad ed. prov., D., 3, 3, 46, pr. (Lenel, Pal., 80) : *Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet cognitorem* (D. : procuratorem) *dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro iudicatum solvi satisfactione cavere* ». Il est d'évidence que la dernière phrase a été remaniée par les compilateurs, tout au moins quant à la forme. Au lieu de « *audiri debet* », nous inclinons à restituer : « *audiri debere dicimus* ».

présents. Le magistrat accordera le transfert, si le *dominus* constitue un *cognitor* qui accepte sa charge et s'il fournit la *C. J. S.*

β) Mais le transfert lui-même est l'œuvre des parties. Le langage des sources est à plusieurs reprises tout à fait transparent (4). Ulpien nous présente le transfert demandé *ex parte rei* par le *domnus* comme l'œuvre de ce dernier (2), et Gaius déclare que pour une *translatio* d'un *dominus* à un *cognitor rei* le concours de volonté du demandeur est nécessaire (3). C'est d'ailleurs conforme au caractère contractuel de la procédure de l'*ordo* (4). Mais ce n'est pas là, croyons-nous, une nouvelle *litis contestatio*; du reste, il n'y en a pas besoin. La *mutatio partis* ne porte pas atteinte à l'unité du procès et la *translatio iudicii* s'opère sans formation d'un nouveau rapport juridique. Car l'identité juridique des parties subsiste. La *translatio iudicii* comporte *eadem res*, et il y a toujours identité de question. Cette procédure apparaît très nettement comme la poursuite par le *dominus* du procès entrepris par le représentant : or ces personnes agissent en la même qualité.

Et il doit en être de même pour la *translatio iudicii hereditaria*, pour la *translatio iudicii procuratoria* (5), et pour la *mu-*

(1) Cf. en ce sens, Wlassak, *Cogn.*, pp. 41-43; Duquesne, *T. J.*, p. 116 s., p. 139. — V. aussi pour la *translatio hereditaria*, Paul, *12 ad Sab., D.*, 10, 2, 48 (Lenel, *Pal.*, 1841) : « Si... actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum cognitorem (D. : procuratorem), in quem omnium nomine iudicium agatur ».

(2) Ulpien, *9 ad ed., D.*, 3, 3, 17, pr. : « Reus qui cognitorem (D. : procuratorem) dedit mutare quidem eum vel in se litem transferre... potest ».

(3) Gaius, *3 ad ed. prov., D.*, 3, 3, 46, pr. : « Qui proprio nomine iudicium accepisset, si vellet cognitorem (D. : procuratorem) dare, in quem actor transferat iudicium ».

(4) Le témoignage des sources et le fondement contractuel de la procédure de l'*ordo* s'opposent absolument, croyons-nous, à une réalisation de la *translatio* opérée d'autorité par le magistrat. V. en dernier lieu, Duquesne, *T. J.*, p. 117 s.

(5) V. *suprà*, p. 155, n. 1. La *translatio procuratoria* du *procurator* au

tatio judicis, qui est, à notre avis, un cas de *translatio judicii* ⁽¹⁾, et où la même idée peut trouver son application.

S'il en est ainsi, on s'explique très aisément une décision d'Alfenus Varus, consul suffect en 715, qui déclare qu'en cas de changement de juges la *res* reste la même et que le remplacement des juges ne rend pas le procès différent ⁽²⁾. Pour expliquer ce texte, écrit à la fin de la République, il n'est donc pas besoin d'invoquer une pratique qui n'a eu lieu qu'assez tardivement et sur laquelle nous sommes renseignés par le fragment de Tryphoninus, qui se rapporte vraisemblablement à la procédure extraordinaire ⁽³⁾.

Toute cette procédure de la *translatio cognitoria* aboutit à une rectification de la formule qui portera uniquement sur la *condemnatio* ⁽⁴⁾. Car l'*intentio* demeure vraie malgré la *translatio*. Par exemple, au cas de *translatio* du *dominus* au *cognitor*, le nom du *cognitor* sera substitué dans la *condemnatio* à celui du *dominus*. Mais il est possible que la formule rectifiée contienne mention du transfert du *judicium* du *dominus* au *cognitor*. Ainsi s'expliquerait-on la finale de la scolie de Thalelaeus sur une constitution de Dioclétien rendue en 294,

dominus, la seule qui existe dans les sources et qui puisse, du reste, avoir lieu, entraîne par elle-même ratification par le *dominus* de l'intervention du représentant, or « *rati enim habitio mandato comparatur* (D., 46, 3, 12, 4) ». Il y a donc identité juridique des parties.

(1) Cf. en ce sens, Duquesne, T. J., p. 222, qui s'appuie sur un texte d'Ulpien, 23 *ad ed.*, D., 50, 5, 13, 3.

(2) Alfenus Varus, 6 *Dig.*, D., 5, 1, *De jud.*, 76 (Lenel, *Pal.*, 23) : « *Proponebatur ex his iudicibus qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere...* ».

(3) Scaevola, 20 *Dig.*, avec la note de Claudius Tryphoninus, D., 46, 7, 20 : « [Titius judex] quive in ejus locum substitutus erit ». V. aussi contre cette conjecture de Koschaker, *op. cit.*, p. 319, Duquesne, T. J., p. 231.

(4) En ce sens, Keller-Wach, R. C. P., p. 351, n. 812 a.

qui déclare que « jadis le procès était exercé en termes différents, lorsque le *procurator* n'était donné qu'après la *litis contestatio* ⁽¹⁾ ». Le scoliaste songe évidemment à une règle admise sous la procédure formulaire, et à cette ancienne règle il oppose le droit en usage sous la procédure extraordinaire. La réflexion qu'il émet a trait à la question de la *translatio* du *dominus* à un *procurator* avec mandat, mais elle peut être étendue à l'hypothèse de la *translatio* d'un *dominus* à un *cognitor*. L'affirmation de Thalelaeus doit être interprétée en ce sens que les termes du procès sont alors différents de ceux qui étaient employés quand la constitution du représentant avait été faite avant la *litis contestatio*. A notre avis, cela signifie que la formule n'était pas identique dans les deux cas. Il est du reste très rationnel et utile que la formule contienne mention de la *translatio*, quand le représentant n'est constitué qu'après la *litis contestatio*.

§ 2. — Procédure in iudicio.

L'affaire, liée *in iure* par la *litis contestatio*, vient alors devant le juge. C'est naturellement le *cognitor*, qui dans la phase *in iudicio* va conduire la procédure, puisque d'après les termes mêmes de la formule de constitution, il est substitué au

(1) *Bas.*, 8, 2, 94, sur *C. J.*, 2, 12 (13), 20, éd. Heimbach, I, p. 413. — On peut supposer qu'on insérerait dans la formule rectifiée une clause du décret de translation, mentionnant qu'il y avait eu *translatio* du *dominus* au représentant. Cette mention aurait été particulièrement utile dans les actions infamantes, car l'infamie n'était pas entraînée pour le défendeur, lorsque la *lis* avait été « *contestata initio* » par un représentant, et qu'il y avait ensuite *translatio* de l'action au *dominus* (cf. l'argument d'analogie tiré de Paul, § *ad ed.*, D., 3, 2, 14, qui vise un cas de *translatio hereditaria*). V. aussi *Frag. Vat.*, 339. Mais le *dominus* subira sans doute l'infamie, si l'action n'est exercée par le représentant qu'après la *litis contestatio*. Quant à l'insertion d'une telle clause, elle n'exige pas, à notre sens, une *restitutio in integrum*. Cf. cependant dans un sens différent, Eisele. 2, Z. S. St., 1881, pp. 138-140.

maître pour la direction de l'affaire, et qu'il a fait *litis contestatio* (1). Nous examinerons d'abord quel est le rôle du *cognitor* dans les débats *in judicio*, et nous étudierons ensuite les effets que produit la sentence, lorsque le jugement est au nom d'un représentant et non à celui du maître de l'affaire.

1. — Le *cognitor*, en sa qualité de représentant judiciaire, a la direction des débats *in judicio*. Il doit prendre soin de faire plaider l'affaire, d'assister aux débats et d'administrer les preuves. Chacune des parties doit fournir ses preuves pour les divers moyens qu'elle allègue. Le défendeur devient donc *actor* quant à ses moyens de défense, et, s'il a fait insérer dans la formule une exception *cognitoria* faute de capacité, il est obligé de prouver que le demandeur est incapable d'être représentant judiciaire ou d'en avoir un. Cette décision d'Ulpien au livre 7 de ses Disputes n'est que l'application de la règle générale (2).

Mais le rôle du *cognitor*, demeure, même *in judicio*, restreint à la conduite de la procédure. C'est ainsi que, si le *cognitor* agit pour le demandeur, un paiement valable ne peut être effectué entre ses mains par le défendeur. Cette solution résulte d'un texte de Paul, au livre 8 sur l'édit, qui ne peut s'appliquer qu'au *cognitor* (3). Le jurisconsulte déclare qu'il serait absurde qu'on

(1) Le *cognitor*, étant devenu sujet de l'action, doit assister aux débats *in judicio*, sous peine de perdre son procès, en vertu de la règle toujours en vigueur des XII Tables, 1, 8 (cf. en ce sens, Girard, *Manuel*, p. 1029, note).

(2) Ulpien, 7 *Disput.*, D., 22, 3, *De prod.*, 19, 2 (Lenel, *Pal.*, 120) : « Sed et si [cognitoria rei] procuratoria quis exceptione nitatur, eo quod non liceat adversario dare vel ferri cognitorem vel procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem ». Cf. Barlow, *Processus iudex*, p. 42.

(3) Paul, 8 *ad ed.*, D., 46, 3, *De solut.*, 86 (Lenel, *Pal.*, 168) : « Hoc pure utimur, ut cognitori [D. : liti] procuratori non recte solvatur; nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, si ante rem iudicatum solvi posse. Si tamen ad hoc datus sit, ut et solvi possit, solvendo eo libentur ». M. Lenel, *Pal.*, 168, n. 6, conjecture que la finale aurait été écrite par les compilateurs : c'est avec raison, car la distinction faite par le texte

peut faire un paiement au *cognitor*, lorsque c'était le *dominus* seul qui pouvait intenter l'action *judicati* et se faire payer le montant de la condamnation.

C'est encore parce que le *cognitor* est un simple représentant qu'il ne peut, quand il est défendeur, opposer en compensation un droit de créance existant du chef du *dominus*, car il reconnaît la dette qu'il est chargé de contester en justice ¹. Sur cette hypothèse, on peut rapprocher une situation voisine, celle du *cognitor* d'un demandeur, qui, après avoir fait *litis contestatio* avec le débiteur, est actionné *suo nomine* par ce débiteur, et se demander s'il pourra opposer en compensation à celui-ci la créance qu'il a été chargé de réclamer en qualité de *cognitor*. A notre sens, une réponse négative s'impose. Il n'en serait autrement qu'en ce qui concerne le cessionnaire de créance, puisque, depuis la *litis contestatio*, l'affaire est pour lui « *propria litis* » et qu'il a l'action *judicati*. Il résulte d'un texte de Papilien, inséré au livre 3 de ses Réponses et qui vise un *cognitor in rem suam*, que si le cessionnaire, à qui le droit de créance est passé par la *litis contestatio*, vient à être actionné à son tour *suo nomine* par le débiteur cédé qui ne peut opposer, sous ce chef, à l'opposant aucune compensation ².

L'explication à donner à ce droit de justice. V. aussi Esclapart, *Cogn.*, p. 42, n. 54. Il faut le voir, à l'égard du *cognitor*, comme à l'égard du *dominus* en fait au livre 8 sur l'édit de Paul, consacré au *cognitor* et que, de son côté, l'action *judicati* s'exerce par un *reus* général attribué à ce représentant. Et la manière même dont s'explique le jurisconsulte, qui traite d'un *cognitor* l'opposant et qui donne l'action *judicati* à celui qui est actionné en compensation, nous ramène par la pensée à Paul en matière de *litis contestatio*. Les termes de son texte nous ramènent au *dominus* et à ce jurisconsulte comme en général à l'époque des Sévères.

1. Mais il est clair que le *dominus* débiteur peut intervenir dans l'instance comme à son profit, car à l'égard du *cognitor* ce n'est pas l'opposant à l'instance, ce n'est la compensation de l'instance qui est en cause, mais le *reus* qui est actionné, et il est évident que le *dominus* peut intervenir en compensation au *cognitor* sur dette du *dominus*.

2. Papilien, 3 Resp., D., 16, 2, *de compens.* 14, pr. (Loe., Pal., 434, :

S'il en est ainsi, on s'explique aisément que la présence du maître de l'affaire dans la phase *in judicio* soit en certains cas fort utile. Les pouvoirs du *cognitor* étant limités, c'est au *dominus* seul qu'il appartient de prendre l'initiative de certains actes. Là est la raison d'être d'une décision de Paul, d'après laquelle la partie défenderesse qui a constitué un *cognitor* pour la conduite de son procès n'est pas empêchée d'assister à sa cause (1).

« *In rem suam cognitor* (D. : *procurator*) *datus* [,] *post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur* ». A notre avis, le texte doit être ponctué en mettant une virgule avant *post litis contestationem* et non après, de façon à rendre le sens du texte plus net. — Sous sa forme actuelle, le texte a trait au *procurator in rem suam*, mais il est probable qu'il s'agissait primitivement du *cognitor in rem suam*, surtout si l'on admet que tout *procurator*, parce qu'il a l'action *judicati*, a le droit d'opposer la compensation. S'agit-il dans ce fragment de la *compensatio* de l'*argentarius*, nous ne le croyons pas (en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 707, n. 2). Notre texte appartient à une époque postérieure à la réforme attribuée à Marc-Aurèle, et, en nous basant sur les termes mêmes du texte, nous pensons qu'il était relatif à cette compensation invoquée en toute matière *ex dispari causa* à l'aide de l'exception de dol pour repousser des prétentions contraires à l'équité. Des derniers mots du texte, on peut rapprocher le fr. de Papinien, D., 44, 4, *De d. m. exc.*, 12 (Lenel, *Pal.*, 84). On pourrait seulement se demander pourquoi le débiteur cédé, au lieu d'agir par voie d'action, n'a pas fait insérer l'exception de dol dans la formule de son adversaire pour obtenir la compensation à laquelle il tend par sa demande ultérieure. A notre sens, c'est simplement parce qu'il ne le pouvait pas. On s'explique donc qu'il ait intenté un procès au cessionnaire. Il appartiendra à celui-ci d'opposer, s'il le veut, la compensation. Inspiré par des raisons d'utilité pratique, le juriconsulte ne s'arrête pas à l'objection que, dans la formule avec transposition invoquée par le cessionnaire, l'*intentio* n'est pas en son nom, mais au nom du cédant, qui n'est qu'un tiers étranger au procès intenté par le débiteur cédé, et il admet que dans notre hypothèse il y a réciprocité de créances. Cf. sur ce texte, Gide, *op. cit.*, p. 316 s.; Eisele, *Cogn.*, p. 96 s.; Appleton, *Hist. de la Compensation*, 1895, p. 147 s.

(1) Paul, 3 *Resp.*, D., 3, 3, 69 (Lenel, *Pal.*, 1457) : « *Paulus respondit etiam eum, qui ad litem suscipiendam cognitorem* (D. : *procuratorem*) *dedit, causae suae adesse non prohiberi* ». M. Lenel place notre texte dans le commentaire du titre de l'édit *de judiciis*. A notre avis, il faudrait plutôt le mettre en tête du livre 3 et admettre qu'il faisait partie du commentaire

Dans les mots « *suae causae adesse* ⁽¹⁾ », le jurisconsulte fait sans doute allusion à la présence du *dominus* dans la phase *in judicio* d'une instance conduite par son *cognitor* ⁽²⁾, et il est évident qu'il ne s'agit pas là d'une assistance passive, mais d'une intervention active. Cela est assez naturel de la part du *dominus*, qui a un grand intérêt à la bonne conduite de l'affaire, puisque c'est contre lui qu'en règle générale l'action *judicati* est donnée ⁽³⁾.

du titre *de cognitoribus*, qui ayant commencé à la fin du livre 2 continuerait au livre 3. Il n'est pas rare que le commentaire d'un titre de l'édit chevauche sur deux livres. Par exemple, la matière de la tutelle se trouve aux livres 9 et 10 des Réponses. La brièveté de ce texte rend la solution de Paul un peu énigmatique. Les compilateurs de Justinien n'ont en effet conservé que la réponse du jurisconsulte, et non l'hypothèse pour laquelle il l'avait donnée. Mais le mot « *etiam* » mis en tête du fragment laisse apercevoir que la solution de Paul dans notre espèce n'est que l'extension d'une pratique admise déjà pour d'autres situations analogues. Il s'agit évidemment de la partie défenderesse, comme le montre l'expression « *ad litem suscipiendam* », qui est technique pour désigner le rôle du défendeur (*D.*, 3, 3, 8, 3; 64). Et le représentant en question est sans aucun doute le *cognitor*, déjà appelé dans *D.*, 3, 3, 8, 3, « *procuratorem ad litem suscipiendam datum* ». Mais une question très douteuse, sur laquelle le texte en raison de son laconisme ne peut nous renseigner d'une façon précise, serait de savoir si le fragment se rapporte à la procédure formulaire ou à la procédure extraordinaire.

(1) V. ^o *Adsum*, *Vocabularium jurispr. Rom.*, 1, fasc. 2, 1898, p. 267. Les applications diverses du mot *adesse* recueillies dans le *Vocabularium* montrent nettement que ce terme désigne la présence au tribunal, soit de la partie dans la phase *in jure* (par ex. Cicéron, *Pro Quintio*, 7, 29) ou dans la phase *in judicio*, soit de personnes assistant la partie. Ainsi Ulpien, *D.*, 50, 13, 1, 14, dira que les avocats sont ceux qui sont « *adfuturi causis* ». V. aussi Ulpien, *D.*, 3, 1, 6, 1 et *D.*, 39, 5, 19, 1, et cf. la situation exposée dans un cas de procédure extraordinaire par Cl. Tryphoninus, *D.*, 3, 1, 14, *pr.* : « (... *Non prohiberi tutorem adesse pupillo in negotio...*) ». Le mot *adesse* est susceptible d'interprétations diverses. On peut donc hésiter, lorsqu'il s'agit de préciser l'objet même de la réponse de Paul.

(2) Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 124; *Contra*, Debray, *op. cit.*, p. 130. Dans la phase *in jure*, la présence du *dominus* est possible, et il n'y a pas besoin en ce sens d'une décision de jurisprudence.

(3) La formule du texte : « [*Dominum*] *non prohiberi...* » fait cependant

2. — Après la clôture des débats, et s'il n'y a pas péremption d'instance, vient le prononcé de la sentence que la formule prescrit au juge de rendre. La question est tranchée par rapport au représentant, puisque son nom est contenu dans la *condemnatio*. Mais le *cognitor* du défendeur est, pour ainsi parler, « *alieno nomine damnatus* ». C'est pourquoi, s'il a plaidé pour le défendeur dans une action pénale infamante, il n'encourt pas l'infamie, car il n'est pas atteint par les termes de l'édit *qui nisi pro certis personis ne postulent*. Cette solution est rapportée dans le *Frag. Vat.* 339 et par Ulpien au livre 6 sur l'édit (1).

La sentence rendue par le juge peut contenir une absolution ou une condamnation. Si c'est une sentence d'absolution, le défendeur est renvoyé des fins de la plainte. Le juge se prononce en ce sens si la demande a été instruite quant au fond et reconnue non valable. Mais il en est de même, si le défendeur a fait insérer dans la formule réclamée par le *cognitor* du demandeur une exception *cognitoria* faute de capacité et s'il l'a justifiée, de sorte que l'absolution du défendeur va tenir dans ce cas à un fait purement formel. Et il s'ensuit que, d'une part, le *cognitor* est repoussé par une exception *cognitoria*, et que, d'autre part, le *dominus* ayant déduit son droit ne peut agir à nouveau : comme l'écrit Gaius, 4, 124, la partie demanderesse « *rem perdit* ». Il n'en

allusion à un obstacle : est-ce le fait que le *cognitor*, par la *litis contestatio*, est devenu sujet de l'action ?

(1) Ulpien, 6 *ad ed.*, D., 3, 2, *De his qui not. inf.*, 6, 2 (Lenel, *Pal.*, 282) : « *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia : et ideo nec [cognitor vel] procurator meus... vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur, nec ego, si ab initio per [cognitorem vel] procuratorem causa agitata est* ». La finale du texte, qui est d'ailleurs suspecte d'interpolation à cause de l'emploi des mots « *agitata causa* » dans le sens de *lis contestata* et du passage du style indirect au style direct, nous donne une solution analogue quant à l'auteur d'un délit infamant qui a agi par *cognitor*. Cf. sur la finale du texte, Koschaker, *op. cit.*, p. 267 s.; Duquesne, *T. J.*, p. 186, n. 1, et n. 3. — V. *Frag. Vat.*, 339, 340 et aussi Julien, 14 *Dig.*, D., 37, 15, *De obseq. parent.*, 2, *pr.* (Lenel, *Pal.*, 239).

est autrement que dans la situation proposée par Papinien au livre 2 de ses Réponses, où il commente la matière des *restitutiones* (1). Il résulte de ce texte que, si un esclave préposé par son maître à une entreprise réclame en justice une créance et se fait représenter par un *cognitor*, le débiteur, ayant fait insérer dans la formule une exception *cognitoria* faute d'incapacité, est nécessairement absous, mais que le maître conserve le droit d'introduire postérieurement son action : la procédure de l'*ordo* est inaccessible à l'esclave qui ne peut ester en justice lui-même, ni se faire représenter, ni par conséquent déduire le droit du *dominus*. Aussi le maître, pour qui l'esclave a acquis la créance, peut-il poursuivre à nouveau le débiteur, sans craindre d'être repoussé par l'exception *rei judicatae vel in iudicium deductae*, et n'a-t-il pas besoin de solliciter une *in integrum restitutio*.

Si c'est une sentence de condamnation, le demandeur acquiert un droit nouveau sanctionné par l'action *judicati*, et le défendeur est toujours condamné à payer une somme d'argent, dont la fixation est tantôt faite par le prêteur dans la formule (*condemnatio certa*), tantôt laissée à l'appréciation du juge (*condemnatio incerta*) ou même opérée sous la foi du serment par le demandeur au moyen du *jusjurandum in litem*. Mais ce dernier moyen, d'un caractère exceptionnel, apparaît comme un droit exorbitant. On s'explique qu'il ne soit pas permis au *cognitor* d'un demandeur, car il est à craindre que celui-ci ne se fasse illusion sur la valeur de la chose du *dominus*, et n'exagère le chiffre des dommages-intérêts, de peur de ne pas demander assez. Cette solution résulte

(1) Papinien, 2 *Resp.*, D., 5, 1, *De jud.*, 44, 1 (Lenel, *Pal.*, 421) : « *Cum postea servus apparuit, cujus nomine per cognitorem* (D. : procuratorem) *fuera actum, absolvi debitorem oportet : quae res domino quandoque propriam litem inferenti non obstat* ». Il s'agit ici, non d'un *procurator*, comme dans Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 33, *pr.*, mais d'un *cognitor*, car s'il est question d'un simple *procurator*, qui ne déduit pas le droit du *dominus*, on ne comprend pas la remarque faite par la fin du texte, à savoir que l'exercice de l'action par le représentant de l'esclave n'empêche pas le maître d'agir à nouveau.

d'un fragment d'Ulpien, au livre 8 sur l'édit, contenu dans le titre du Digeste *De in litem jurando* ⁽¹⁾. Il y a généralement pré-jugé, déclare Ulpien, qu'une autre personne que le *dominus litis* ne doit pas prêter le *jusjurandum in litem*, car, d'après Papinien, celui-là seul qui a fait *litis contestatio suo nomine* peut faire l'évaluation pécuniaire de la prestation. C'est donc le *dominus* lui-même qui devra prêter le *jusjurandum in litem*, s'il est présent *in judicio* ; sinon, les dommages-intérêts seront fixés par le juge.

Au temps de l'Empire et plus précisément à partir de l'époque de Julien, la sentence produit une conséquence uniforme, qu'elle soit une sentence de condamnation ou une sentence d'absolution, et elle a toujours pour effet de valoir chose jugée. La jurisprudence déclare qu'un point déjà tranché régulièrement entre deux parties ne doit pas pouvoir être remis en question entre elles devant un nouveau juge. Or, que faut-il admettre si, dans le premier procès, l'une des parties s'est fait remplacer par un *cognitor*? La solution de cette question est donnée dans un texte de Julien, au livre 51 de ses Digestes, qu'a consulté directement Ulpien et qui est relatif au *cognitor* ⁽²⁾. Il résulte de ce texte que, si j'ai intenté une

(1) Ulpien, 8 *ad ed.*, D., 12, 3, *De in lit. jur.*, 7 (Lenel, *Pal.*, Ulpien, 304, Papinien, 413) : « *Vulgo praesumitur alium in litem non debere jurare quam dominum litis : denique Papinianus ait alium non posse jurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est* ». Dans notre texte, il s'agit évidemment du *cognitor*, puisque ce fragment est inséré au livre 8 sur l'édit d'Ulpien, consacré au *cognitor*, et que jamais ce représentant n'est appelé *dominus litis*. Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 123.

(2) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 40, 2 (Lenel, *Pal.*, Ulpien, 336, Julien, 689) : « *Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, praeter solitam satisfactionem judicatum solvi etiam de rato debet cavere. Quid enim si in hoc judicio rem meam esse pronuntietur, reversus ille, cujus defensor extiterat, velit fundum vindicare : nonne ratum non videbitur habere quod judicatum est? Denique si cognitor (D. : verus procurator) extitisset vel ipse praesens causam suam egisset et victus esset : si a me vindicaret, exceptione rei judicatae summovertetur, et ita Julianus libro quinquagensimo [primo, selon M. Lenel : mais peut-être la matière de l'ex-*

action *in rem* contre le *cognitor* de la partie défenderesse et que le représentant ait été condamné, je pourrai repousser la partie par l'exception de chose jugée, au cas où elle voudrait revendiquer contre moi le fonds qui m'a été adjugé : c'est qu'en effet, ajoute Julien, dès qu'on a jugé que la chose était à moi, on a jugé par là qu'elle n'appartenait pas à mon adversaire. Dans cette hypothèse, l'utilité de l'autorité de la chose jugée est incontestable (1). Le plaideur va invoquer contre le demandeur du second procès la chose jugée dans sa fonction positive, bien qu'il ne puisse l'opposer dans sa fonction négative. Mais il n'aura l'exception de chose jugée que s'il y a identité de question et identité de personnes dans les deux procès. Or la décision de Julien prouve nettement que ce qui est exigé, c'est l'identité juridique des parties, puisque celui qui, dans le premier procès, a triomphé du *cognitor* de la partie défenderesse peut opposer l'exception *rei judicatae* à cette partie, s'il est actionné par elle. C'est donc que la partie se présente en la même qualité, quand, après avoir plaidé *alieno nomine* par *cognitor*, elle plaide *proprio nomine*. Mais le texte montre qu'il n'en est pas ainsi pour tous les représentants judiciaires d'une partie, et qu'il n'y a chose jugée que si le représentant est un *cognitor* (2).

ception *rei judicatae* chevauchait-elle sur deux livres?] *digestorum scribit : nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse* ». — Il s'agit évidemment du *cognitor*, car, outre l'expression « *verus procurator* » bien suspecte, l'exception *rei judicatae* n'est pas alors opposable au cas où tout *procurator*, même *verus*, a intenté une action. Cf. sur ce texte, Girard, *Manuel*⁴, p. 1035, n. 1.

(1) L'effet extinctif de la *litis contestatio* ne met pas obstacle à tous les procès qui roulent sur des faits déjà jugés entre les parties, et n'empêche pas, par exemple, celui qui avait intenté la revendication et qui avait triomphé de pouvoir par la suite être actionné par le perdant, puisque, dans la procédure formulaire, où il n'y a plus de *contravindicatio* correspondant à la *vindicatio*, le défendeur n'a pas encore agi et peut donc le faire. Cf. en ce sens Girard, *Manuel*⁴, p. 1034.

(2) Ainsi, il n'y a pas identité juridique de personnes, si le représentant judiciaire de la partie dans le premier procès est un *defensor*. La question

§ 3. — Exécution du jugement rendu au nom d'un *cognitor*.
Voies de recours.

I. — Le jugement de condamnation rendu au nom du *cognitor* donne au demandeur un droit nouveau sanctionné par l'action *judicati*. La question de l'exécution du jugement se pose, soit que le *cognitor* du défendeur ait été condamné, soit que le *cognitor* du demandeur ait gagné son procès. Mais l'obligation *judicati* n'est pas immédiatement exigible. Le *condemnatus* a un délai de trente jours pour se procurer l'argent. A défaut de paiement, il est passible de l'action *judicati* qui impose au défendeur l'obligation de fournir la *C. J. S.* et qui entraîne une condamnation au double. Et s'il ne défend pas à cette action, il peut encourir une exécution qui est, en première ligne, une exécution sur la personne, et qui peut, en second lieu, être une exécution sur l'ensemble du patrimoine.

Habituellement l'action *judicati* est intentée par et contre la personne au nom de laquelle est rendue la sentence de condamnation : c'est en effet le plaideur lui-même qui dirige normalement son procès. Mais cette solution se heurte à des difficultés d'ordre pratique, quand un *cognitor* remplace la partie ; aussi la jurisprudence du 1^{er} siècle de l'Empire a-t-elle apporté une simplification à l'état de choses antérieur et décidé que l'intéressé doit avoir le profit de l'exécution ou en supporter la charge (1). Nous étudierons d'abord comme se fait l'attribution de l'action *judicati* au temps des juriconsultes classiques. Nous examinerons ensuite quelle répercussion

est discutée au début du texte d'Ulpien précité. Il résulte de ce texte que si j'intente une action *in rem* contre un *defensor*, celui-ci va être obligé de fournir la caution *de rato* en sus de la *C. J. S.* habituelle, car si celui pour lequel il s'est présenté comme *defensor* vient me réclamer le fonds qui m'a été adjugé, il semble bien qu'il n'a pas ratifié le jugement. V. Girard, *Manuel*⁴, p. 1036.

(1) V. *suprà*, p. 79 s.

l'attribution de l'action *judicati* va avoir sur le sort de l'action *ex stipulatu* née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.*

1. — Comment s'opère l'attribution de l'action *judicati*? Quand l'exécution du jugement a-t-elle lieu au profit du maître de l'affaire ou contre lui, quand est-elle faite par le *cognitor* ou contre lui?

A l'époque des Sévères, les textes de Paul et d'Ulpien nous déclarent d'une façon très nette et sans aucune hésitation que l'action *judicati* est en règle générale donnée « *datur, indulgetur* » au maître de l'affaire ou contre lui, quand il a été représenté par un *cognitor*⁽¹⁾. Il en est même ainsi, lorsque le représentant du *dominus* s'est laissé condamner à la suite d'une entente frauduleuse avec l'adversaire. Cette solution est donnée par un texte de Paul, inséré au livre 32 sur l'édit, dans ses commentaires sur l'action de mandat⁽²⁾. Il résulte de ce texte que, si le *cognitor* d'un défendeur a reçu une somme d'argent du demandeur pour ne pas se défendre et qu'il se soit laissé condamner, le demandeur pourra, suivant les règles admises, intenter contre le *dominus* l'action *judicati*. Toute-

(1) V. au point de vue passif, Paul, 1 *ad Plautium*, D., 3, 3, 61, 32 *ad ed.*, D., 44, 4, 9, et vraisemblablement *Sent.*, 1, 2, 4; *Frag. Vat.*, 317; Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 29 et 31, *pr.*, et 58 *ad ed.*, D., 42, 1, 4, *pr. Adde*, à notre sens, Papinien, 28 *Quaest.*, D., 21, 2, 66, 2. V. au point de vue actif, Paul, 8 *ad ed.*, D., 46, 3, 86, 9 *ad ed.*, D., 3, 4, 6, 3, 1 *Sent.*, D., 3, 3, 30 et *Sent.*, 1, 2, 4; Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 28; *Frag. Vat.*, 317.

(2) Paul, 32 *ad ed.*, D., 44, 4, *De d. m. exc.*, 9 (Lenel, *Pal.*, 491) : « Si *cognitor* (D. : procurator) *rei pecunia accepta damnari se passus sit et cum domino judicati agatur, tuebitor se doli mali exceptione. Nec hoc, quo acceperit cognitor* (D. : procurator), *auferri ab eo potest : nam turpiter accepta pecunia justius penes eum est qui deceptus sit quam qui deceptus* ». Dans ce texte, il s'agit évidemment du *cognitor* (cf. *Frag. Vat.*, 317). — L'insertion d'une exception de dol dans la formule de l'action *judicati* est un moyen avantageux pour le *dominus*, car si l'exception est vérifiée, il est absous. Encore faut-il qu'il ait fourni au préalable la *C. J. S.* (Gaius, 4, 9, 102). Mais si l'exception n'est pas reconnue fondée *in judicio*, c'est là un cas d'*infitiatio*, et la condamnation croît au double contre lui, car il met en doute l'existence d'un jugement valable (cf. en ce sens, Wenger, *A. jud.*, p. 76).

fois le demandeur ne triomphera pas, car il sera repoussé par le *dominus* au moyen de l'exception de dol⁽¹⁾.

La manière même dont s'expriment les textes des jurisconsultes classiques montre très clairement que l'action *iudicati* n'est accordée par le magistrat au maître de l'affaire ou contre lui qu'après examen de l'affaire, *causa cognita*, et au moyen d'un décret⁽²⁾. L'octroi de la formule de l'action *iudicati* donne lieu à une *causae cognitio* du magistrat, à laquelle

(1) La fin du texte renferme une décision de Paul qui concerne les rapports du demandeur et du *cognitor*. Lorsque le demandeur a été repoussé par le *dominus* au moyen de l'exception de dol, la question se pose alors de savoir s'il va pouvoir tout au moins reprendre au moyen de la *condictio* l'argent qu'il a versé au *cognitor* dans un but frauduleux. Conformément aux principes, le jurisconsulte répond négativement. Il est plus juste en effet qu'une somme d'argent reçue pour une cause déshonorante soit entre les mains de celui qui a été séduit plutôt qu'en la possession de celui qui a séduit. En l'espèce, le demandeur devrait intenter contre le *cognitor* une *condictio ob turpem causam*, puisqu'il y a enrichissement de l'*accipiens* résultant d'une prestation faite pour une cause déshonorante. Or la *condictio* ne peut ici s'ouvrir, puisqu'il y a *turpitudine* des deux côtés et qu'alors la *condictio ob turpem causam* n'est pas possible, comme le déclare Paul, 10 ad Sabinum, D., 5, 2, De cond. ob turp. caus., 3 (Lenel, Pal., 1817). Adde Ulpien, 26 ad ed., D., h. t., 4, pr., 1 (Lenel, Pal., 773). Notre texte offre un exemple de *turpitudine utriusque partis* semblable à celui donné par Paul : « Veluti si pecunia detur, ut male iudicetur ». Le demandeur peut-il se plaindre dans cette hypothèse d'un enrichissement *ex injusta causa* ? Lorsqu'il en est ainsi, Paul, 3 Quaest., D., h. t., 8, in fine (Lenel, Pal., 1298), déclare que « si et dantis et accipientis turpis causa sit, possesorem potius esse et ideo repetitionem cessare ». On s'en tient à la situation de fait existante, c'est-à-dire à la possession. L'argent est conservé par celui qui le détient, à savoir le *cognitor*. De là vient que Paul décide en sa faveur (*qui deceptus est*) et contre le demandeur (*qui decepit*).

(2) Cf. en ce sens, Eisele, Cogn., pp. 84-85. — La solution donnée pour le *procurator praesentis* par le Frag. Vat., 331 constitue plutôt un argument d'analogie en notre sens. Au reste, le mot « *indulgetur* » suppose une *causae cognitio* : cf. D., 4, 3, 9, 5. Enfin, l'expression « *debere* » employée dans D., 3, 3, 61, et que l'on trouve souvent aussi à propos de la *causae cognitio* qui précède la *translatio cognitoria* (D., 3, 3, 24 ; 25 ; 27, pr., 46, pr.), est particulièrement caractéristique et suppose chez le magistrat le pouvoir d'imposer la charge de l'action.

le *cognitor* a qualité pour assister (1). Dans ces débats *in jure*, le magistrat examinera la situation des parties. Il donnera d'ordinaire l'action *judicati* au *dominus* ou contre lui, car celui-ci a qualité pour l'avoir par le fait seul qu'il est le maître de l'affaire (2). Cette solution est attestée par des textes formels. C'est ainsi que le droit du *dominus* d'intenter en règle générale l'action *judicati* est affirmé par un texte d'Ulpien au livre 1^{er} de ses Disputes (3). De même, un fragment de Paul et un autre fragment d'Ulpien prouvent d'une façon évidente que le *dominus* supporte d'ordinaire la charge de l'exécution du jugement (4). Ce sont là des solutions très logiques : n'est-ce pas l'intéressé lui-même qui doit avoir le profit ou la charge de l'exécution ?

Et, à notre sens, c'est l'action *judicati* elle-même qui est donnée au *dominus* ou contre lui, et non une action *judicati utilis*. Comment peut-il être question d'une action utile, c'est-à-dire d'une action qui est accordée, non plus dans son cadre premier comme action directe, mais dans un cadre élargi comme action utile (5) ? Jamais les textes ne parlent ici d'action *judicati utilis* : l'expression d'Ulpien « *judicati actio mihi*

(1) Ulpien, *D.*, 42, 1, 4, *pr.* laisse nettement supposer la présence du *cognitor* dans les débats *in jure*. Par exemple, lorsque l'adversaire réclame l'action *judicati*, il appelle *in jus*, non seulement le *cognitor* condamné, mais le *dominus*, et la délivrance de l'action est précédée d'une *causae cognitio* devant le préteur, où la situation juridique du *cognitor* est examinée. Pour arriver à donner l'action contre le *dominus*, la pratique s'est donc servie du pouvoir très large de *cognitio* du préteur. Cf. en ce sens, Wenger, *A. jud.*, p. 185 s.; Koschaker, *op. cit.*, pp. 135-138.

(2) Mais nous n'admettons pas la formule adoptée par M. Koschaker, *op. cit.*, pp. 135, 143, d'après laquelle l'obligation *judicati* naît directement dans la personne du *dominus*.

(3) Ulpien, 1 *Disput.*, *D.*, 3, 3, 28 (Lenel, *Pal.*, 33) : « *Quae res facit, ut cognitor (D. : procurator) meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli : sicuti cum agit judicati non in rem suam datus nec ad eam rem cognitor (D. : procurator) factus* ». Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 137.

(4) Paul, *D.*, 3, 3, 61; Ulpien, *D.*, 42, 1, 4, *pr.*

(5) Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 141. La question de savoir si une action est *utilis* ou non, n'a rien à faire avec la rédaction de la formule qui peut dans ce cas être fictive, *in factum* ou avec transposition.

indulgetur » suffirait à écarter cette interprétation ¹. Mais quelle est la formule de l'action *judicati* donnée dans cette hypothèse ? Sur ce point, comme, d'ailleurs, sur la formule de l'action *judicati* en général, nous sommes réduits à des conjectures ². En tout cas le *dominus* qui intente cette action peut aussi agir dans cette instance par *cognitor* : c'est ce que montre l'ipien : « *Sicuti cum agit judicati... ad eam rem cognitor* » (D. : *procurator*) *factus* » ³. Et rien n'empêche le défendeur d'invoquer une exception *cognitorum* contre le *cognitor* qui est constitué pour poursuivre l'exécution d'un jugement, c'est la solution que propose l'ipien, dans son livre 74 sur l'édit ⁴. Il résulte de ce texte que, si une personne défend à une action qui veut au double *ad rem et ad personam*, comme c'est le cas pour l'action *judicati*, et qu'elle oppose une exception dilatoire *ex personis*, telle qu'une excep-

¹ Il en est de même vis-à-vis du *procurator praesentis* (Frag. Vat., 331), de l'actor *universitatis* (D., 3, 4, 6, 3) et du tuteur qui aurait défendu au pupille *infans* (D., 26, 2, 7) ou absent. Il est vrai qu'une constitution de Caracalla, ar 213, C. 3, 6, 14 (*Quando per personam*), peut exposer à une action *judicati* tel ou tel homme, mais une telle loi ne peut pas être invoquée par tous les défendeurs, car elle ne s'applique qu'à certains, agissant par tous les défendeurs présents, ou les absents, mais elle n'empêche pas, dans tous les cas, l'opposition de l'exception, et l'exception proposée n'est qu'une exception de l'action : c'est que la jeune fille avait dépassé l'âge de vingt-cinq ans. Une difficulté analogue pour la continuation de l'action résultant de la loi qui prouve encore le mineur de vingt-cinq ans est posée, à la fin du 2^e titre, sous les 1^{ers} § 2^o pour l'appel par Severus, 26 Dig., 2, 41, 1, 30 de verborum, 26 J. V. dans un sens différent, Koschaker, *op. cit.*, pp. 141-142.

² V. la conjecture de M. Eisele, *Cogn.*, p. 87, d'après lequel, dans une formule d'action *judicati* de l'ancien, l'ancien propriétaire se nomme la *cognitor* et le défendeur se nomme le *dominus*. Cf. *loc. cit.* 2, p. 183 s. Ed perp. 3, p. 427 s.

³ D., 3, 3, 28.

⁴ L'ipien, 74 ad ed., D., 14, 1, de verborum, 2, 41, 1, 30 de verborum, 26 J. V. dans un sens différent, Koschaker, *op. cit.*, pp. 141-142. Une difficulté analogue pour la continuation de l'action résultant de la loi qui prouve encore le mineur de vingt-cinq ans est posée, à la fin du 2^e titre, sous les 1^{ers} § 2^o pour l'appel par Severus, 26 Dig., 2, 41, 1, 30 de verborum, 26 J. V. dans un sens différent, Koschaker, *op. cit.*, pp. 141-142. Une difficulté analogue pour la continuation de l'action résultant de la loi qui prouve encore le mineur de vingt-cinq ans est posée, à la fin du 2^e titre, sous les 1^{ers} § 2^o pour l'appel par Severus, 26 Dig., 2, 41, 1, 30 de verborum, 26 J. V. dans un sens différent, Koschaker, *op. cit.*, pp. 141-142. Cf. sur ce texte, Wenger, *A. jud.*, pp. 31, 93-94.

tion *cognitoria* faute de capacité, elle met en doute, non l'existence du jugement, « *non prorsus litem infititur* », mais la capacité du demandeur. Aussi le résultat de cette exception ne peut-il être que l'un des suivants : ou l'exception est reconnue fondée et le défendeur est absous, ou bien elle est jugée inexacte, et le défendeur est seulement condamné au simple.

Mais si l'action *judicati* est accordée en règle générale au *dominus* ou contre lui, il peut arriver parfois qu'elle soit donnée au *cognitor* ou contre lui ¹. Il en est ainsi, lorsque le *cognitor* est *in rem suam datus* ². Lorsqu'il est cessionnaire de créance ou cessionnaire de dette, et qu'il est par conséquent le véritable maître de l'affaire, il est naturel qu'il puisse avoir le profit ou la charge de l'exécution. Toutefois cette solution est encore admise dans des hypothèses où le *cognitor* n'est pastitulaire de la créance ou de la dette. C'est le cas où le *cognitor* du débiteur ne peut se soustraire à l'exécution du jugement, « *si se liti optulit* », c'est-à-dire lorsqu'il a lié l'instance dans des conditions anormales, en l'absence de C. J. S. et sans être forcé d'accipere *judicium* ou après avoir fourni lui-même la caution, de sorte qu'il est tenu vis-à-vis de son débiteur ³. Quant au *cognitor* du

(1) Ulpien, 9^{ad} ed., D., 3, 3, 31, pr. (Lenel, Pal., 319), qui se rapporte également au *cognitor*, à notre sens, et qui est placé à la fin des commentaires d'Ulpien sur le *cognitor*, confirmerait plutôt la règle, car, si le *cognitor*, étant débiteur, se peut refuser l'action *judicati*, c'est parce qu'il est devenu héritier du *dominus litis* et qu'il a succédé à la personne du maître de l'affaire. Ainsi en est-il, s'il est seul héritier. S'il n'est héritier qu'en partie et qu'il ait payé tout le montant de la condamnation, il aura contre ses cohéritiers l'action de mandat, si ceux-ci l'ont chargé d'effectuer le paiement, ou, s'il n'existe pas de mandat, l'action de gestion d'affaires.

(2) Frag. Vat., 317 in medio : « *Cognitore enim intercedente judicati actio datur et in dominum datus non datur enim cognitor exceptio non et actio impetitur quoniam et in rem suam cognitor factus sit* ».

(3) Ulpien, 58^{ad} ed., D., 42, 1, De re jud., 4, pr. (Lenel, Pal., 1370) : « *Et si non optulit cognitor D. proinde et judicium actio in eum de cognatione et in dominum datur et se optulit in ipsum datur. Optulisse*

demandeur, il peut, lorsqu'il a gagné son procès, demander, pour les impenses qu'il a faites dans l'affaire, à se rembourser au moyen de l'action *judicati*, si le *dominus litis* n'est pas soluble : c'est la solution que donne Paul au livre I^{er} de ses Sentences (1). Ce droit de rétention est exigé par l'équité et les nécessités pratiques. Personne n'aurait voulu devenir le *cognitor* d'un créancier pauvre, s'il n'avait eu l'espoir de prélever ses impenses sur le montant de la condamnation, au cas où le procès avait réussi. C'est qu'en effet le représentant, qui fait des dépenses dans l'affaire d'un *dominus* insolvable et qui ne peut faire valoir sa créance qu'au moyen de l'action *mandati contraria*, peut subir un préjudice et être réduit à un dividende. Aussi va-t-on lui permettre de prélever ses frais et d'intenter l'action *judicati* pour une part correspondant à ses dépenses. Tandis que le *dominus* conserve le droit d'intenter l'action pour le surplus.

En tout cas, de ces diverses solutions se dégage la conclusion suivante : c'est que l'action *judicati* n'est donnée au *cognitor* ou contre lui que par exception et si l'on a prouvé qu'il existait un motif plausible. Ainsi, c'est au *cognitor* à prouver qu'il est *in rem suam datus*, s'il veut poursuivre l'action

autem se liti videtur non is, qui in rem suam cognitor (D. : procurator) datus sit : nam hic alia ratione recusare judicati actionem non potest, quia hic non in alienam, sed in suam rem cognitor (D. : procurator) factus est ». Cf. Wenger, *A. jud.*, p. 185 s. — Paul, *1 ad Plautium, D.*, 3, 3, 61 : « *Cognitorem (D. : procuratorem) damnatum non debere conveniri, nisi... optulisset se, cum sciret cautum non esse... Idem erit observandum et si defensoris loco cum satisfactione se liti optulerit* ».

(1) Paul, *1 Sent., D.*, 3, 3, 30 : « *Actoris cognitor (D. : procurator) non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest desiderare ut sibi ex judicati actione (sic F³ S avec scolies des Basiliques; ex judicatione F¹) satisfiat, si dominus litis solvendo non sit* ». — Il s'agit évidemment ici du *cognitor*, comme le montre la distinction faite en tête du texte entre le représentant et le cessionnaire de créance (V. pour le *procurator*, *Frag. Vat.*, 317). Cf. sur ce texte, Eisele, *Cogn.*, p. 71, n. 46; Koschaker, *op. cit.*, p. 93. — Le droit de rétention n'existe ici en faveur du *cognitor* que si le *dominus* est insolvable. Dans l'hypothèse visée par Ulpian, *D.*, 3, 3, 25 *in*.

judicati (1). De même le *cognitor* du défendeur n'est attaqué qu'exceptionnellement par l'action *judicati* (2).

2. — Quelle répercussion l'attribution de l'action *judicati* aura-t-elle sur le sort de l'action née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.*? Lorsque le défendeur a fourni pour un motif quelconque la *C. J. S.* (3), le prononcé de la sentence donne naissance, non seulement à l'obligation *judicati*, mais à une action *ex stipulatu* qui résulte de la *clausula de re judicata* de la caution (4). Ces actions servent au même but, la réalisation du jugement (5). Habituellement le demandeur intentera contre le défendeur l'action *judicati*. Mais il a quelquefois intérêt à employer l'action

fine (« *Non facile ab eo (cognitore) lis erit transferenda* »), il y a aussi comme une sorte de droit de rétention.

(1) V. en ce sens, *D.*, 3, 3, 28 *in medio*; *D.*, 3, 3, 25 *in medio*. Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 138.

(2) *D.*, 3, 3, 64.

(3) Gaius, 4, 91, 101, 102.

(4) L'action qui sanctionne la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.*, est une action *ex stipulatu*, d'après Ulpien, *D.*, 3, 3, 27, 1 *in fine* et 28. Cette action sanctionnait sans doute les trois *clausulae* de la caution. Il est d'ailleurs à remarquer que les stipulations prétoriennes, qui contiennent toujours la clause de dol, donnent lieu exclusivement à l'action *ex stipulatu*; cf. en ce sens, Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 378, n. 4. M. Cuq observe même qu'il en est ainsi, lorsque la clause de dol accompagne une stipulation dont l'objet est une *certa pecunia*. Cf. aussi Heumann-Seckel, *Handlexicon*, v° *Stipulari*, pp. 556-557. Ceci ne permet-il pas de répondre à une objection de M. Duquesne, *T. J.*, p. 72, n. 2 *in medio*, qui, en se basant sur ce fait que la *cl. de re judicata* de la *C. J. S.*, est sanctionnée par une action *ex stipulatu*, déclare que les mots « *in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiaverit* » de *D.*, 46, 7, 9, ne visent pas une limitation des effets de la *C. J. S.*, résultant de la formule de celle-ci? Selon nous (cf. en ce sens, Lenel, *Ed. perp.*², p. xvi, col. 2 *in fine*), la *cl. de re judicata* de la caution était conçue de telle façon que le défendeur condamné à une somme d'argent était tenu du *quantum judicatus eris* plutôt que du *quantum ea res erit*.

(5) V. Paul, 18 *ad ed.*, *D.*, 12, 2, 28, 8 (Lenel, *Pal.*, 281), sur les rapports de l'action *judicati* et de l'action *ex stipulatu* née de la *clausula de re judicata* de la *C. J. S.*, au cas où un défendeur prête un serment volontaire à propos de l'une ou de l'autre. Cf. Wenger, *A. jud.*, p. 82 s.

ex stipulatu née de la *cl. de re judicata* de la *C. J. S.*, au cas, par exemple, où le défendeur est insolvable, car cette action lui permet de demander aux *sponsores* du défendeur le montant de la condamnation. Or il peut arriver que la créance ou la dette sanctionnée par cette action *ex stipulatu* ne prenne pas naissance dans la personne même de celui à qui est attribuée l'action *judicati*. C'est le cas de la partie demanderesse, qui a l'action *judicati*, mais dont le *cognitor* a reçu la *C. J. S.* C'est encore la situation du cessionnaire de dette, contre qui est intentée l'action *judicati*, et pour qui le cédant a fourni la *C. J. S.* Dès lors, la question se pose de savoir si la jurisprudence a trouvé un procédé qui permet de transférer l'action *ex stipulatu* née de la *C. J. S.* sur la personne même de celui à qui est attribuée l'action *judicati*. Pour étudier ce problème, nous nous placerons d'abord au point de vue du demandeur, et ensuite à celui du défendeur.

Supposons que le demandeur se soit fait représenter en justice. Cette hypothèse est discutée par un texte d'Ulpien, au livre I^{er} de ses Disputes (1). Quand l'action *judicati* est attribuée au *dominus* et que la *C. J. S.* a été reçue par le *cognitor*, le jurisconsulte se demande si c'est le maître de l'affaire ou son représentant qui peut intenter cette action *ex stipulatu* née de la *C. J. S.* La solution de cette question présente quelque difficulté, car, en accordant l'action *ex stipulatu* au *dominus*, on admet que le mandataire rend créancier le mandant et l'on se heurte au principe : « *Per extraneam personam nihil nobis adquiri potest* ». Néanmoins Ulpien n'hésite pas pour ce cas isolé à porter atteinte au système de la non-représentation

(1) Ulpien, 1 Disput., D., 3, 3, 28 (Lenel. Pal., 33) : « Si *cognitor* (D. : procurator) *meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit cognitor* (D. : procurator) *meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. Quae res facit, ut cognitor* (D. : procurator) *meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli : sicuti cum agit judicati non in rem suam datus nec ad eam rem cognitor* (D. : procurator) *factus* ».

dans les obligations, et il en donne nettement la raison d'être : c'est que l'action *judicati* appartient déjà au *dominus*. Or, si l'action *judicati* est concédée au *dominus*, n'est-il pas absurde et même dangereux de laisser l'action *ex stipulatu* au fondé de pouvoir, puisque la réalisation du jugement, but identique des deux actions, ne doit pas se faire en la personne du *cognitor*? Celui-ci n'a, du reste, pas d'intérêt à la garder, puisqu'il n'a été chargé que d'un acte unilatéral. Il est donc naturel que cette action soit transférée comme action utile sur la tête du *dominus*. Mais, en même temps, la créance sera paralysée entre les mains du *cognitor* par une exception, qui est, à notre sens, plutôt l'exception de dol que l'exception *cognitoria* faute de pouvoir⁽¹⁾.

Lorsque c'est le défendeur qui agit par *cognitor*, cette situation fait naître peu de complications. Si l'action *judicati* est en règle générale donnée contre le *dominus*, il est à remarquer que l'action *ex stipulatu* est toujours intentée contre lui, puisqu'il est obligé de fournir la *C. J. S.* De même, on conçoit naturellement que l'action *ex stipulatu* née de la *C. J. S.* fournie par le *cognitor* soit délivrée contre le représentant, car celui-ci ne peut se soustraire à l'exécution du jugement, s'il a lié l'instance dans des conditions anormales⁽²⁾. Des difficultés peuvent seulement se produire, quand le *cognitor* est *in rem suam datus* et qu'il doit être poursuivi par l'action *judicati* : n'est-ce pas en effet le *dominus* qui promet, même dans cette hypothèse, la *C. J. S.*⁽³⁾, et qui, par conséquent, doit être attaqué par l'action *ex stipulatu*? Sur ce point, nous avons un texte d'Ulpien, qui traite de la *C. J. S.* fournie par le *dominus* pour un *cognitor in rem suam*⁽⁴⁾ : la place que les

(1) Cf. en sens divers, Bekker, *Proz. Konsumtion*, p. 161; Krüger, *Proc. Consumtion*, p. 92, n. 30, et Koschaker, *op. cit.*, p. 97, n. 2.

(2) Ulpien, 1 *Disput.*, D., 3, 3, 28 *in fine* (Lenel, *Pal.*, 33) : « *Per contrarium autem si cognitor (D.: procurator) meus judicatum solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec judicati mecum agi potest* ».

(3) D., 3, 3, 42, 2.

(4) Ulpien, 9 *ad ed.*, D., 3, 3, 29 (Lenel, *Pal.*, 318) : « *Si actor malit*

compilateurs ont assignée à ce texte dans le titre du Digeste *de procuratoribus*, derrière les fr. 27, 1 et 28, prouve nettement qu'il s'agit ici d'une question de représentation passive. D'après Ulpien, le demandeur conserve toujours la faculté d'attaquer le cédant plutôt que le cessionnaire de la dette, s'il le juge à propos. C'est qu'en effet, si l'on transfère l'action *ex stipulatu* sur la tête du cessionnaire de dette, on porte atteinte au principe que nul citoyen ne peut devenir débiteur par l'intermédiaire de tiers. Un essai de réforme, dont notre texte est un témoignage, a été pourtant tenté par les jurisconsultes, postérieurement à la codification de l'édit par Julien (1). Et l'on a admis que si quelqu'un avait stipulé du *dominus*, il aurait contre le *cognitor*, déjà poursuivi par l'action *iudicati*, une action *ex stipulatu* utile. Mais l'effet de cette réforme a été simplement de donner au créancier un second débiteur à côté du premier, car, comme le remarque Ulpien dans une autre circonstance le demandeur conserve le choix « *electio* » d'attaquer le mandant ou le mandataire (2).

II. — Après avoir étudié l'exécution d'un jugement rendu au nom d'un *cognitor*, il faut nous demander si des voies de recours sont ouvertes au *cognitor* et surtout au *dominus* pour arrêter l'exécution de la sentence ou faire tomber le jugement. Le plaideur qui s'est fait représenter en justice ne songera à solliciter une voie de recours que dans deux cas, lorsqu'il joue le rôle de demandeur et que son *cognitor* a perdu le procès, ou bien quand il est défendeur et que son *cognitor* a été condamné. Dans ces hypothèses, si c'est à tort que le représentant a été vaincu, la faculté de demander une voie de

dominum potius convenire quam eum qui in rem suam cognitor (D. : procurator) *est, dicendum est ei licere* ».

(1) Cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 669-670.

(2) D., 14, 1, 1, 17. Cette « *electio* » met en jeu l'existence même de la cession de dette, puisque le créancier peut toujours remettre en question le transfert, même après la *litis contestatio* et le jugement. Ceci explique que la cession de dette réalisée par la *cognitura in rem suam* n'ait eu qu'une très faible importance en droit romain.

recours est une ressource précieuse pour le *dominus*, qui, autrement, subirait un préjudice grave, puisqu'il ne peut plus agir ou être défendu à nouveau, le droit étant déduit en justice. Aussi le magistrat accorde-t-il aux plaideurs, s'il y a lieu, des voies de recours et en particulier une *restitutio in integrum*. Nous ne nous occuperons que de ce dernier procédé très employé sous la procédure formulaire, car c'est surtout à cette voie de recours que font allusion les textes dans lesquels une partie agit par *cognitor* (1).

L'*in integrum restitutio* est d'une application très fréquente. Toutefois le *dominus* ne peut la solliciter du magistrat contre la sentence que s'il se trouve dans un des cas énumérés limitativement par l'édit et rapportés par les jurisconsultes (2). Par exemple, l'*in integrum restitutio* peut être demandée *ob dolum*, pour un dol commis dans un procès (3). Encore faut-il que le *dominus* ne puisse avoir à sa disposition une

(1) Nous ne traitons pas ici de l'appel, car, en raison même du caractère de la procédure de l'*ordo*, il est certain que l'appel n'a pas été employé dans cette procédure. Cf. en ce sens, Mommsen, *Dr. publ.*, 5, p. 271; Girard, *Manuel*⁴, p. 1043; Cuq, *Inst. jur.*, 2, p. 764. V. en sens contraire, Perrot, *L'appel*, 1907, p. 29 s. D'ailleurs, pour ce qui nous intéresse, il suffit d'observer que l'appel peut être formé par *cognitor* et que le délai de l'appel est alors de trois jours, parce qu'il agit *alieno nomine*, pour l'affaire d'autrui (Ulpian, *1 De appell.*, D., 49, 4, *Quando app.*, 1, 12 (Lenel, *Pal.*, 8).

(2) Paul, *Sent.*, 1, 7, 2. — Si, dans le texte de Paul, au livre 2 de ses Réponses, D., 4, 4, *De min.*, 46 (Lenel, *Pal.*, 1454), le défendeur, qui a spontanément défendu un mineur dans un procès et qui a été condamné, ne peut invoquer l'âge de celui qu'il a défendu pour solliciter l'*in integrum restitutio ob aetatem*, c'est parce qu'il ne lui est pas possible de refuser l'action *judicati* et qu'ainsi il ne peut mettre en avant l'intérêt du mineur. Aussi la finale du texte, suspecte d'ailleurs, ajoute-t-elle que le mineur dans ces conditions sera de même empêché de réclamer la restitution. La situation prévue dans la phrase finale de Paul, *11 ad ed.*, D., h. t., 23 (Lenel, *Pal.*, 217), celle d'un mineur qui agit comme représentant, est traitée très peu favorablement. A notre avis, il s'agirait, d'après le contexte, d'un mineur *procurator omnium rerum* plutôt que *cognitor*.

(3) Il est curieux de remarquer que la *restitutio in integrum ob dolum*

autre voie de recours : la *restitutio in integrum* est un *ultimum subsidium* et, remédiant à un préjudice causé par le jeu du droit, elle est donc inutile quand le droit même fournit une protection. C'est ainsi que la partie défenderesse dont le *cognitor* s'est laissé condamner par suite d'une entente frauduleuse avec l'adversaire n'a pas à demander ni ne peut obtenir une *in integrum restitutio ob dolum*. Elle a à sa disposition un autre moyen plus avantageux encore. Elle n'a qu'à se laisser attaquer par l'action *judicati* et qu'à opposer au demandeur une exception de dol, qui, si elle est vérifiée, la fera absoudre : ainsi s'explique-t-on que, dans cette hypothèse prévue par Paul⁽¹⁾, les textes ne parlent pas de restitution. Les sources ne mentionnent l'*in integrum restitutio ob dolum* qu'au cas où le *cognitor* du demandeur s'est laissé vaincre et a fait frauduleusement absoudre l'adversaire. C'est l'hypothèse prévue dans un texte d'Ulpien au livre 11 sur l'édit⁽²⁾. Encore ce moyen n'appartient-il pas au *dominus*, qui peut, en poursuivant au préalable son *cognitor* solvable, réparer le préjudice qu'il a subi.

Ce texte d'Ulpien fournit un renseignement capital en ce qui concerne la rescision d'un procès conduit par un *cognitor*. Le jurisconsulte examine quelles sont les voies de droit auxquelles peut recourir la partie demanderesse qui a perdu son procès par le dol du représentant; et il déclare que, quand le *cognitor* est insolvable, elle peut soit intenter l'action de dol contre l'adversaire, comme l'indiquent encore, outre notre texte,

ne paraît concédée que si l'acte à rescinder est un procès. Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 1057, n. 3.

(1) D., 44, 4, 9.

(2) Ulpien, 11 *ad ed.*, D., 4, 3, *De d. m.*, 7, 9 (Lenel, *Pal.*, 385) : « Si dolo malo cognitor (D. : procurator) passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. Et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac « si collusum est » : alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum cognitore (D. : procuratore) agi non possit, quia non esset solvendo ». Le préjudice causé au *dominus* suppose la consommation de son droit, donc l'intervention d'un *cognitor*. — Dans le texte de Papi-

Ulpien⁽¹⁾ et Paul⁽²⁾, soit solliciter du magistrat contre la sentence une *in integrum restitutio*, qui, une fois prononcée, rendra la sentence non avenue et donnera lieu à un nouveau procès. Il y a, par conséquent, dualité de moyens, mais le second procédé est proposé en première ligne par le texte⁽³⁾. Le *dominus* va avoir recours à un *judicium restitutorium*.

C'est en effet de la rescision d'un procès qu'il s'agit dans la phrase « *si paratus sit reus transferre judicium sub exceptione hac SI COLLUSUM EST* »; l'expression « *transferre judicium* » ne peut être prise dans son sens technique de *translatio judicii*, puisqu'une sentence d'absolution a déjà été rendue dans le procès en faveur de l'adversaire du *cognitor*⁽⁴⁾. Et il est vraisemblable que le procès à rescinder est une instance dans laquelle l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'est seulement produit *exceptionis ope*. C'est ce que prouve l'insertion dans la nouvelle formule d'une réplique, vraisemblablement pour paralyser l'exception tirée de la déduction en justice⁽⁵⁾. Le mot

nien, D., 5, 1, *De jud.*, 44, 1, inséré par le jurisconsulte au livre 2 de ses Réponses, consacré en partie à la matière des *restitutiones*, l'*in integrum restitutio* n'est pas nécessaire. Cf. *suprà*, p. 169.

(1) D., 17, 1, 8, 1.

(2) D., 4, 3, 14.

(3) La dualité de ces moyens s'explique simplement par ce fait que l'*in integrum restitutio* est un procédé plus récent et ajouté après coup : cf. *suprà*, p. 57, n. 1. Au temps des Sévères, l'*in integrum restitutio* est préférée à l'action de dol, soit parce qu'elle protège mieux les intérêts du *dominus*, soit surtout pour la raison qui nous est signalée par Marcellus, au livre 3 de ses Digestes, D., 4, 1, *De in int. rest.*, 7, 1 (Lenel, *Pal.*, 21), dans un des premiers textes qui, au I^{er} siècle de l'Empire, nous parlent d'*in integrum restitutio ob dolum*. Marcellus rapporte un rescrit d'Antonin le Pieux accordant une *restitutio in integrum*, et il ajoute que « l'on doit toujours venir au secours de ceux qui ont été trompés sans faute de leur part, surtout si leur adversaire a commis une fraude, même au cas où on peut intenter l'action de dol, et que le prêteur devra accorder une *restitutio in integrum*, quand l'équité et la raison le demandent, plutôt que de donner une action infamante, à laquelle il ne faut en venir qu'à défaut de tout autre remède ».

(4) Cf. en ce sens, Koschaker, *op. cit.*, p. 15.

(5) La nouvelle formule ne serait pas conçue de cette façon, si la consom-

« *exceptio* » ne peut être en effet ici qu'une *replicatio*; on a depuis longtemps signalé qu'il ne doit pas être traduit par exception (1) : l'insertion d'une telle exception ne se conçoit pas, puisque les exceptions sont insérées dans l'intérêt du défendeur, tandis que l'*exceptio* « *si collusum est* » l'est en faveur du demandeur. Dans notre texte, Ulpien fait allusion au renouvellement contre l'ancien défendeur du procès déjà entrepris par le *cognitor*, sur la base nécessaire d'une *in integrum restitutio*; et si l'ancien procès a été dirigé par le représentant, il est évident que le nouveau procès est conduit par la partie elle-même.

La procédure de l'*in integrum restitutio* est la suivante. Le magistrat examine les faits de dol qui sont invoqués devant lui par le *dominus* et statue sur le rescindant. S'il trouve la demande justifiée, il prononce l'*in integrum restitutio* et déclare non avenus les actes de procédure attaqués. Mais il ne statue pas sur le rescisoire. C'est désormais à la partie qui a obtenu cette décision d'en tirer les conséquences en demandant une nouvelle formule contre le défendeur au premier procès. Le magistrat la lui délivrera en paralysant l'exception *rei judicatae vel in iudicium deductae* au moyen de la réplique *si collusum est* (2). Puis le *dominus* et son adversaire vont procéder à une

mation du droit du *dominus* avait eu lieu *ipso jure*. Cf. en ce sens, Bekker, *Aktionen*, 2, p. 286. — V. sur la formule d'une action restituée après une extinction du droit *ipso jure*, Eisele, *Z. S. St.*, 2, 1881, pp. 138-140, et Duquesne, *T. J.*, p. 97 s.

(1) Cf. en ce sens, Bekker, *Aktionen*, 2, p. 286. D'après Keller-Wach, *R. C. P.*, p. 166, n. 369, les mots « *si collusum est* » seraient peut-être une clause du décret de restitution. — L'explication de Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, p. 132, n. 2, est tout à fait inadmissible.

(2) C'est donc que dans ce cas, plutôt que de dénier simplement l'exception *rei judicatae vel in iudicium deductae*, le préteur paralysait dans la nouvelle formule l'exception au moyen d'une réplique. A notre avis, la finale du texte de Paul, 11 *ad ed.*, D., 4, 3, 25, nous présente aussi un cas d'*in integrum restitutio ob dolum* d'un procès éteint *exceptionis ope* (cf. cependant Duquesne, *T. J.*, p. 96), surtout si l'on rapproche la manière dont il s'exprime (« *Alio modo mihi succurri potest : nam ex integro agere possum*

litis contestatio, car le défendeur doit prêter son concours à la liaison du nouveau procès et accepter le *judicium restitutorium*. Ainsi s'explique l'expression du texte « *si paratus sit reus transferre judicium* ». Le procès est alors renvoyé au juge et tranché à nouveau quant au fond. La seule question douteuse serait de savoir si la rescision du précédent *judicium* était toujours absolue, ou si elle pouvait être quelquefois relative, de façon que certains effets positifs de l'ancienne *litis contestatio*, demeurés utiles, telle que l'interruption d'une *praescriptio longi temporis* accomplie *inter moras litis*, pussent être transportés au nouveau *judicium* (1). Peut-être l'emploi dans notre texte de l'expression *transferre judicium*, qui est prise, non dans son sens technique, mais au figuré, est-elle une indication en faveur de la seconde opinion.

III. — RÈGLEMENT DE COMPTE ENTRE LE COGNITOR ET LE DOMINUS.

Le procès étant terminé et aucune question ne se posant plus dans les relations du *cognitor* ou du *dominus* avec l'adversaire, il nous reste à étudier le règlement de compte qui va avoir lieu entre le *cognitor* et le *dominus*.

Dans la pratique, le représentant et le représenté sont unis par un lien de droit : ils vont donc se servir des actions nées de ce rapport juridique pour réaliser leur règlement de compte. Le plus souvent, les parties intenteront les actions de mandat, car le représentant et le représenté sont en règle générale liés par un rapport de mandat, comme l'implique Gaius, 4, 83 et 84, et comme le déclare formellement Paul, au livre 8 sur l'édit (2). Quelquefois un autre rapport juridique existera à la base des relations du *cognitor* et du *dominus* : c'est ce qui a lieu dans les exemples de *cognitura in rem suam* donnés par

et si obiciatur exceptio rei judicatae, replicatione jure uti potero ») de D., 4, 4, 45, 1, qui vise sûrement une hypothèse d'*in integrum restitutio* : « *Qui... agere cum eo ex integro vellet* ».

(1) Duquesne, *T. J.*, p. 83 s.

(2) D., 3, 3, 42, 2.

Paul (1). Les parties devront alors se servir des actions issues de cet autre contrat. Ainsi dans l'hypothèse de la vente d'une hérédité, le *dominus* intentera contre le *cognitor in rem suam*, s'il y a lieu, l'action de vente.

Ce règlement de compte est très simplifié, quand le *cognitor* a été *in rem suam datus*. Celui-ci agit en effet dans sa propre affaire. S'il est cessionnaire de créance, il est dispensé de rendre compte au *dominus*. S'il est cessionnaire de dette, il n'a pas de recours contre lui pour ses frais. Au contraire, dans cette dernière hypothèse, c'est le *dominus* qui pourra recourir contre lui, si, en vertu même du mécanisme de la cession de dette, il a été attaqué par l'action née de la *C. J. S.* qu'il a été obligé de fournir (2). Lorsque l'acheteur d'une hérédité défend comme *cognitor in rem suam* du vendeur à un procès intenté par un créancier de la succession, le vendeur, qui a été poursuivi par l'action *ex stipulatu* de la *C. J. S.* et qui a dû faire quelque prestation, intentera contre lui l'action *venditi* (3).

Mais la cogniture *in rem suam* n'est qu'une application exceptionnelle de la cogniture ordinaire, et le *cognitor* est en règle générale un simple représentant judiciaire. Aussi limiterons-nous nos explications à l'étude de cette dernière hypothèse, dans laquelle les parties sont unies par un rapport de mandat et occupent la situation respective de mandant et de mandataire. Nous nous placerons d'abord au point de vue du représenté et ensuite à celui du représentant.

a) Les droits du *dominus* sont garantis par l'action *mandati directa*. C'est cette action que le *dominus* intentera contre le *cognitor*, si celui-ci refuse de lui rendre les pièces du procès

(1) *D.*, 3, 3, 42, 2.

(2) Cette solution résulte du texte de Paul, *D.*, 3, 3, 42, 2.

(3) De même, si le débiteur principal défend comme *cognitor in rem suam* de la caution au procès intenté par le créancier et que celle-ci ait fourni quelque prestation à cause de la *C. J. S.*, il sera tenu de l'indemniser en vertu du contrat primitif dans lequel il a donné mandat à celle-ci de s'obliger pour lui, et la caution pourra se servir de l'action *mandati contraria*.

et les titres qui lui ont été confiés en raison de sa mission et dont il n'a plus besoin : c'est ce que nous déclare Ulpien au livre 31 sur l'édit, qui rapporte une opinion de Labéon⁽¹⁾. Sur ce point, cette action peut même se doubler d'une poursuite criminelle intentée en vertu d'un des chefs de la loi *Cornelia de falsis* contre le *cognitor*, si le maître prouve que son représentant a livré à l'adversaire les titres du procès : cette décision nous est conservée par Paul au livre 5 des Sentences⁽²⁾. D'après le principe de l'inégalité des peines entre citoyens admis sous le Principat, le *cognitor* est condamné aux mines, s'il est une personne de basse condition, et, s'il est une personne de qualité, il est puni de la peine de la relégation à perpétuité, après confiscation de la moitié de ses biens.

C'est encore par l'action *mandati directa* que le *dominus* attaquera le *cognitor*, s'il n'accomplit pas fidèlement sa mission : il en est ainsi, par exemple, lorsque le *cognitor* représente le défendeur et qu'il se laisse condamner à tort, ou quand il remplace le demandeur et qu'il fait injustement absoudre l'adversaire. Et c'est surtout dans ce second cas que l'action de mandat aura lieu de s'exercer ; le *dominus* devra intenter cette action pour réparer le préjudice grave qu'il subit, quand le *cognitor* a perdu le procès sans raison et que lui-même ne peut agir à nouveau, son droit étant déduit en justice. Mais il faut qu'il y ait eu dol du *cognitor*, car le représentant en qualité de mandataire chargé de la conduite du procès, est seulement responsable de son dol et non de sa faute, puisque c'est une personne qui rend un service gratuit et que

(1) D., 17, 1, 8, *pr.*

(2) Paul, *Sent.*, 5, 25, 8 (= D., 48, 19, *De poen.*, 38, 8) : « Si quis instrumenta litis suae a procuratore vel cognitore adversario prodita esse convicerit, tam procurator quam cognitor, si humiliores sunt, in metallum damnantur, si honestiores sunt, adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur ». Ce texte est conservé, non seulement par les manuscrits de la loi romaine des Wisigoths, mais aussi par le Digeste, toutefois avec la suppression du mot *cognitor*. V. aussi D., 48, 10, 1, 6. Cf. Mommsen, *Dr. pén.*, trad. Duquesne, 2, p. 398.

Le contrat est conclu uniquement dans l'intérêt du mandant, suivant le critérium proposé par Julien dans Africain, 5 *Quaestio*num⁽¹⁾. « *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur* », déclare Modestin, au livre 2 de ses Différences, dans le texte pur de la *Collatio*⁽²⁾. On s'explique donc aisément que les textes ne parlent jamais de la responsabilité pour faute du *cognitor* : si le *cognitor* n'a pas réussi dans le procès par sa simple faute, n'est-il pas juste que le *dominus* en supporte les conséquences, puisqu'il a commis une imprudence en choisissant pour *cognitor* une personne incapable et non diligente ? Les textes s'occupent toujours de la responsabilité pour dol du *cognitor*. C'est seulement dans ce cas que l'on a pris en considération le préjudice grave éprouvé par le *dominus*. La conscience juridique exigeait que l'on remédiât au dol : aussi Paul, au livre 11 sur l'édit, se demande-t-il comment le *dominus* doit agir, si le défendeur, en l'espèce un pupille, s'est arrangé avec son *cognitor* pour être absous⁽³⁾. La réponse à cette question est donnée directement par Ulpien, d'après Labéon, au livre 31 sur l'édit consacré au mandat⁽⁴⁾, et indirectement par le même auteur, au livre 11 sur l'édit⁽⁵⁾. Il résulte de ces textes que le *cognitor*, qui s'est entendu frauduleusement avec l'adversaire et l'a fait absoudre, est tenu envers le *dominus*

(1) D., 30, *De leg.*, I, 108, 12.

(2) *Coll. leg. mosaic. et rom.*, 10, 2, 3. Cf. sur l'importance capitale pour la matière de la responsabilité du texte pur de Modestin, *Coll.*, 10, 2, De Medio, *Bull. di D. R.*, 17, 1905, p. 5 s., 18, 1906, p. 260 s., et Kübler, *Die Utilitätsprinzip, Festgabe für Gierke*, 2, 1910, pp. 1-39 du tirage à part.

(3) Paul, 11 *ad ed.*, D., 4, 3, *De d. m.*, 14 (Lenel, *Pal.*, 207) : « *Quid enim, si impetraverit a cognitore (D. : procuratore) petitoris, ut ab eo absolveretur...* ». Le préjudice causé au *dominus* ne peut exister, comme dans D., 17, 1, 8, 1 et D., 4, 3, 7, 9, que s'il y a consommation du droit du *dominus* et par conséquent intervention d'un *cognitor*.

(4) Ulpien, 31 *ad ed.*, D., 17, 1, *Mand.*, 8, 1 (Lenel, *Pal.*, 908) : « *Sed et si per collusionem cognitoris (D. : procuratoris) absolutus sit adversarius, mandati eum teneri* ».

(5) D., 4, 3, 7, 9, *in fine*.

par l'action de mandat de l'indemniser du dommage causé par son dol. Comme il s'agit ici d'un contrat de bonne foi, le *dominus* n'est pas forcé d'intenter l'action de dol; il se servira de l'action du contrat. Et cette action *mandati directa*, il doit la poursuivre, avant même de recourir contre l'adversaire qui a bénéficié du dol (1).

Mais l'action *mandati directa* va entraîner l'infamie contre le *cognitor* au cas de condamnation (2). Ce résultat est logique, car le *cognitor* n'est condamné qu'à cause de son dol, et non pour son dol et sa faute : n'est-ce pas le motif qu'invoque Modestin (3), à propos de l'hypothèse analogue du dépôt?

b) Quant au *cognitor*, il a à sa disposition l'action *mandati contraria* (4). C'est par cette action qu'il réclamera au *dominus* une indemnité pour les dépenses qu'il a faites dans le procès. Il a le droit en effet d'être remboursé des impenses et des frais que lui a occasionnés la conduite de l'affaire. Mais, si l'action *mandati contraria* est la voie de droit que le *cognitor* prendra le plus souvent pour faire valoir ce qui lui est dû, il est à remarquer qu'il peut aussi invoquer sa créance comme moyen de défense contre l'action *mandati directa* du *dominus*. Il lui est encore permis, s'il agit pour un demandeur insolvable et qu'il ait gagné son procès, de prélever ses impenses en exerçant pour partie l'action *judicati* (5).

Mais le *cognitor* peut-il recevoir en outre une rémunération

(1) C'est qu'en effet le *dominus* a à se reprocher l'imprudence qu'il a commise en prenant comme *cognitor* une personne qui ne présentait pas d'excellentes garanties d'honnêteté, puisqu'elle s'est révélée capable de manœuvres dolosives. C'est seulement, lorsque le *cognitor* est insolvable, que le maître sera autorisé à attaquer l'adversaire.

(2) C'est le renseignement que donnent Cicéron, *Pro Rosc. Am.*, 38, 111, Gaius, 4, 182 et la loi Julia, ligne 111. Cf. Girard, *Manuel*⁴, p. 583, n. 6.

(3) *Coll.*, 10, 2, 4.

(4) Le texte de Gaius, 3 *ad ed. prov.*, D., 3, 3, 46, 6 (Lenel, *Pal.*, 85), qui, d'ailleurs, vise une espèce distincte du fr. 46, 5, se rapporte certainement au *procurator*. V. à tort, Debray, *op. cit.*, p. 171, n. 1.

(5) D., 3, 3, 30.

pour les soins et le temps qu'il a consacrés à la conduite du procès ? La *cognitura* est vraisemblablement sous l'Empire un métier. Il est donc naturel que le maître promette des honoraires à son *cognitor*, et c'est en effet ce qui a lieu dans la pratique ; on peut étendre au *cognitor* la solution que Papinien donne au livre 3 de ses Réponses pour le *procurator ad litem*⁽¹⁾. Mais ce *salarium* ne peut être réclamé par le représentant qu'au moyen d'une *cognitio extra ordinem*.

(1) Papinien, 3 *Respons.*, D., 17, 4, 7 (Lenel, *Pal.*, 461), dont il faut rapprocher D., *h. t.*, 56, 3 (Lenel, *Pal.*, 463).

CHAPITRE V

LA REPRÉSENTATION VOLONTAIRE EN JUSTICE DANS LE DROIT PROVINCIAL DE L'ÉGYPTE ROMAINE.

Tandis que le droit procédural romain ne connaît à l'époque classique que le système de la représentation judiciaire imparfaite, dont on a simplement atténué les plus fâcheux inconvénients, la matière de la représentation présente un plus haut degré de développement dans le droit provincial de l'Égypte romaine (1). C'est là une conséquence de la vitalité du droit gréco-égyptien, où déjà sous les Ptolémées la représentation directe était admise (2), et qui s'est maintenu sous la domination romaine et même après l'édit de Caracalla. Aussi nous semble-t-il utile d'étudier brièvement l'institution de la représentation judiciaire en Égypte à l'époque romaine, d'après les

(1) Nous ne nous occupons que de la représentation volontaire en justice, excluant donc la représentation légale des mineurs et la question de la capacité des femmes d'ester en justice. — Les explications de ce chapitre sont empruntées en partie à l'excellent ouvrage de M. L. Wenger, *Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig, 1906, II Abschnitt, die Prozessstellvertretung, pp. 122-156, et surtout p. 142 s., avec le compte rendu de Patsch, *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, pp. 495-502 (Cf. aussi Wenger, *Papyrus Forschung und Rechtswissenschaft*, Graz, 1903, pp. 28-29, suivi par Hupka, *Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht*, Leipzig, 1903, p. 10).

(2) Sous les Ptolémées, où a eu lieu une compénétration partielle des droits égyptien et grec, la représentation directe est admise : cf. en ce sens Wenger, *op. cit.*, p. 142.

papyrus que nous ont procurés les fouilles poursuivies en Égypte depuis plusieurs années. Car une telle esquisse paraît intéressante, soit qu'on aperçoive dans ce système perfectionné de représentation un modèle dont le droit romain aurait dans ses progrès subi l'influence, soit même seulement, à titre de comparaison :

L'Égypte occupe une situation particulière dans l'Empire romain. L'empereur est considéré comme le successeur direct des anciens maîtres du pays. Toute cette région est sous son autorité immédiate. Et l'empereur a comme représentant général le *praefectus Aegypti*.

Si le préfet d'Égypte est le délégué de l'empereur, il en résulte dès lors au point de vue judiciaire qu'il va, comme l'empereur lui-même, statuer *extra ordinem*. Cette procédure *extra ordinem* semble bien être la seule procédure usitée en Égypte depuis le premier siècle de l'ère chrétienne (1). Or dans cette procédure le magistrat a le droit de connaître entièrement d'un procès. Il peut, soit trancher le litige lui-même, soit se décharger de tout ou partie de sa tâche sur un *judex pedaneus* qui jugera à sa place, mais ce deuxième parti n'est pour lui qu'une faculté. C'est donc là un système bien différent de l'*ordo judiciorum privatorum*, dans lequel le magistrat, ne pouvant que présider à l'organisation de l'instance, était obligé de renvoyer à un juré le jugement de l'affaire, et où par conséquent la procédure était divisée en deux phases distinctes, le *jus* et le *judicium*.

En Égypte, le tribunal de droit commun en matière civile, paraît bien être le *conventus* (2), que le *praefectus Aegypti* vient lui-même tenir. A côté du *conventus*, les sources mentionnent l'existence de deux tribunaux indépendants, dont les titulaires ont une juridiction propre. Ce sont les tribunaux

(1) Cf. en ce sens Partsch, *Die Schriftformel im röm. Provinzialprozeß*, 1905, p. 65 ; Girard, *Manuel*⁴, p. 1065.

(2) Sur la tenue du *conventus*, V. Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, p. 366 s.

du *juridicus Alexandreae* (δικαιοδότης) (1) et de l'ὀρχιδικαστής(2). Mais il est plus que douteux qu'on doive reconnaître une juridiction propre aux fonctionnaires administratifs qui dépendaient directement ou médiatement du préfet d'Égypte, aux épistratèges préposés à l'administration des trois grands districts de la province et aux stratèges qui administraient les subdivisions des épistratégies, les nomes (3).

Après ce rapide aperçu de la procédure civile et de l'organisation judiciaire de l'Égypte romaine, nous examinerons en premier lieu comment procédait le plaideur qui, empêché par la maladie ou désirant s'absenter, voulait se faire représenter en justice, et, en second lieu, nous donnerons quelques exemples de procès conduits par des représentants.

1. — Les sources nous révèlent l'existence de documents qui contiennent une procuration donnée par une personne à une autre à l'effet de la représenter en justice. L'exemple le plus ancien, qui est de l'an 55 après J.-C., donc du premier siècle de la domination romaine, nous a été conservé par *Oxy.*, II, 261 (4).

Ἐτους δευτέρου Νέρωνος Κλαυδίου [Κ]αίσα[ρ]ος | Σεβαστοῦ Γερμανικοῦ Αὐτοκράτορος, μ[η]νὸς Νέου | Σεβαστοῦ ἐν Ὁξύρυγχων πόλ[ει]τῆς Θηβαΐδος, | ὁμολογεῖ Δημητρία Χαιρήμονος ἀστέι μετὰ κυρίου | [τοῦ τῆς] ὕ[ι]δῆς αὐτῆς Δημητρίας ἀστῆς ἀνδρὸς Θεώ | νο[σ]τοῦ Ἀντιόχου... | τῷ ἑαυτῆς [μ]ὲν υἱωνῷ τῆς δὲ υἱδῆς Δημητρίας | ἀδελφῷ Χαιρήμονι Χαιρήμονος Μαρωνεῖ ἐν ἧ | γυνὴ περὶ ὧν προφέρει-ται ἡ ὁμολογοῦσα Δημητρία | ἔχειν πρὸς Ἐπίμαχον Πολυδεύκου ἡ

(1) V. Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902, pp. 153-156.

(2) V. Wenger, *Rh. Pst.*, pp. 94-100, 149-153.

(3) V. en ce sens Mitteis, *Hermes*, 30, 1895, p. 578. — La réorganisation provinciale de Dioclétien ne porta pas atteinte à la compétence judiciaire du préfet et laissa survivre le *juridicus Alexandreae*. Mais au Bas-Empire les épistratèges sont remplacés par les *praesides*, et les stratèges disparaissent presque tous. V. Marquardt, *Organ. de l'Emp. rom.*, 2, pp. 424-425; Milne, *A history of Egypt under Roman rule*, 1898, pp. 12-13.

(4) B. P. Grenfell et A. S. Hunt, *The Oxyrhynchus Papyri*, London, 1, 1898, et s.

καὶ αὐτὸς | ὁ Ἐπίμαχος προφέρεται ἔχειν πρὸς αὐτήν, οὐ δο | ναμένη
 προσκαρτερεῖναι τῷ κριτηρίῳ διὰ γυναι | κείαν ἀσθένειαν, συνεστακέναι
 αὐτὴν τὸν προ | γεγραμμένον νόμον Χα[ίρ]ήμονα ἔγδικον | ἐπί τε πάσης
 ἐξουσίας καὶ παντὸς κριτηρίου κα | θὰ καὶ αὐτῇ τῇ συνεστακυῖα Δη-
 μητρίᾳ παρούσῃ | ἐξῆν· εὐδόκει γὰρ τῇδε τῇ συστάσει. κύρις | ἡ συγ-
 γραφή (1).

Dans ce texte, une femme Demetria, agissant avec son petit-gendre Théon comme κύριος, déclare avoir constitué ἐν ἀγυῖᾳ (2) son petit-fils Chairemon pour faire valoir en justice les prétentions qu'elle a contre un certain Epimachos, ou pour soutenir les procès que celui-ci intentera contre elle, et lui avoir donné mandat d'agir devant tout tribunal. Et à la fin de l'acte, mention est faite de l'assentiment du représentant.

Cet acte rédigé sous forme d'ἑμολογία nous donne le modèle type d'une constitution de représentant judiciaire. La σύστασις est conçue en termes se ramenant à l'emploi du verbe συνιστάναι, à la désignation du représentant, avec fixation de son rôle (ἐγδικον ἐπί τε πάσης ἐξουσίας καὶ παντὸς κριτηρίου), et avec une clause le mettant au lieu et place du représenté ([καὶ πάντα ἐπιτελέσοντα] καθὰ καὶ αὐτῇ τῇ συνεστακυῖα Δημητρίᾳ

(1) *Traduction* : La deuxième année de l'empereur Néron Claudius César Augustus Germanicus du mois Neos Sebastos, dans la ville d'Oxyrhynchos en Thébaïde, Demetria, habitante de la ville, fille de Chairemon, agissant avec son κύριος Théon, fils d'Antiochus, et mari de sa petite-fille Demetria, habitante de la ville, déclare à Chairemon, fils de Chairemon, du deme de Maroniais, son petit-fils et frère de sa petite-fille Demetria, que dans la rue, concernant les prétentions qu'elle a à faire valoir contre Epimachos, fils de Polydeuces, ou qu'Epimachos a à faire valoir contre elle, ne pouvant paraître en justice à cause de la faiblesse du sexe, elle a constitué son susdit petit-fils Chairemon comme son représentant devant toute autorité et tout tribunal, tout comme il était permis à la constituante Demetria elle-même, si elle était présente; car il a donné son assentiment à cette constitution. Cet acte est valable.

(2) C'est-à-dire, comme l'interprète avec raison M. Wenger, *op. cit.*, p. 143, n. 1, sur le marché public, et non près de quelque autorité. Le choix de cet endroit paraît assez fréquent, et nous le retrouverons dans *Oxy.*, IV, 726, de l'an 135.

παρούση ἐξῆν), et à l'indication de l'assentiment (εὐδοκεῖν) du représentant. Le plus souvent, par exemple dans *Oxy.*, I, 97, la *subscriptio* du représenté et celle du représentant se trouvent au bas de l'acte.

Il est à remarquer aussi que dans le papyrus la raison d'être de la procuration est indiquée. C'est ici la faiblesse du sexe. Mais ce motif est propre à notre hypothèse, car les femmes sont en général capables d'estimer en justice μετὰ κυρίου, et il n'a peut-être qu'une valeur fort limitée : la finale du texte n'ajoute-t-elle pas que le représentant pourra agir devant le magistrat, tout comme aurait pu le faire Demetria, si elle était présente ? La cause alléguée par Demetria est à rapprocher de l'excuse qu'invoque un plaideur dans *Oxy.*, IV, 726, pour ne pas se rendre au *conventus*. Certes, dans toutes nos sources, le plaideur qui se constitue un représentant cite un motif d'empêchement, mais c'est là une mention de détail sans importance juridique.

D'après son aspect, cette σύστασις se réalise donc par une déclaration du maître de l'affaire à son représentant, qui doit être acceptée expressément par le représentant. L'acte affecte la forme d'un contrat intervenu entre le représentant et le représenté. Mais c'est pourtant là une collation de pouvoir qui donne qualité au représentant vis-à-vis de l'adversaire et en vertu de laquelle le représentant va pouvoir agir aux lieux et place du représenté, non un simple mandat dont l'effet serait limité aux rapports existant entre le représenté et le représentant, et par lequel celui-ci serait seulement obligé à agir envers celui-là (1). La collation de pouvoir se marque nettement dans l'emploi du mot συνιστάναι qui est technique pour signifier : constituer un représentant en vue d'une affaire que l'on a avec une autre personne, et dans la mention de la clause καὶ καὶ αὐτῇ τῇ συνεσταχυία Δημητρίᾳ ἐξῆν. C'est donc là l'objet direct de l'acte que renferme le papyrus : il a pour but de constater

(1) Cf. en ce sens Partsch, *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, p. 500. V. aussi Wenger, *op. cit.*, p. 144.

et d'affirmer la constitution d'un représentant. S'il se présente sous la forme d'un contrat, c'est là simplement une conséquence de l'influence du droit grec. Au reste, rien n'empêche de croire que cet acte dressé entre le représentant et le représenté contenait, outre la collation de pouvoir, des indications sur le rapport de droit qui unissait ces personnes.

La procuration donnée par Demetria dans l'acte a un objet fort bien délimité. Le représentant a toute capacité d'agir contre Epimachos et, éventuellement, de soutenir un procès contre lui. Demetria a constitué Chairemon comme ἐκδικωρς, afin qu'il agisse pour elle devant n'importe quel tribunal. Et comme dans l'Égypte romaine la procédure *extra ordinem* est seule en usage, il a désormais la conduite de toute la procédure, qui se déroule devant le même magistrat ou devant un juge délégué.

Mais il agit comme représentant direct : c'est ce que montre nettement une formule d'application très courante et qui se trouve par exemple aussi dans *Oxy.*, I, 97; IV, 726 : πάντα ἐπιτελέσοντα καθὰ καὶ τῇ συνεστακυίᾳ (τῷ ὁμολογοῦντι) ἐξῆν. C'est-à-dire : que le représentant agisse pour toutes choses comme pourrait le faire le constituant s'il était présent. Ainsi que le conjecture avec raison M. Wenger (1), ce papyrus montre nettement que dans l'Égypte romaine la représentation judiciaire parfaite était admise.

Il est vrai qu'en l'espèce les parties ayant des noms grecs paraissent bien grecques. Ce n'est pas à dire pourtant que l'octroi de telles procurations n'ait pas été permis à des citoyens romains. De deux documents de la fin du 1^{er} siècle qui contiennent chacun une constitution de représentant en justice, *Oxy.*, II, 365 et 376, le second, de l'an 77, renferme une collation de pouvoir octroyée, suivant la description de MM. Grenfell et Hunt, par un soldat de la *III Legio Cyrenaica*, Titus Flavius Clemens, donc un citoyen romain.

Au reste, le type de mandat *ad litem* qui a été conservé par

(1) Cf. Wenger, *Papyrus Forschung*, pp. 28-29, suivi par Hupka, *op. cit.*, p. 40; Girard, *Manuel*⁴, p. 1022, n. 2; Mitteis, *R. P. R.*, I, p. 230, n. 89.

Oxy., II, 261, n'est pas isolé dans les sources. D'autres exemples, conçus en des termes presque identiques, nous ont été donnés par des papyrus d'une époque postérieure.

Ainsi en est-il dans *Oxy.*, I, 97, de l'an 115/116. La formule qu'emploie Diogénès à l'effet de constituer comme son représentant son frère Nicanor, est analogue à celle dont s'est servie Demetria :

... Ἀυτόθεν συνεστακ[έναι τὸν ἀδελ] | φὸν Νικάορα κο... ν ὑ[πὲρ αὐ] | τοῦ λόγον ποιησόμενον ἐπὶ τε | πάσης ἐξουσίας καὶ παντὸς κριτοῦ | περὶ ὧν προφέρονται ἔχειν πρὸς | Μενεσθέα... ἥ καὶ αὐτ[ὸ]ν πρὸς | αὐτοῦς...

Il s'agit dans ce papyrus d'un procès que deux frères, dont les noms sont l'un et l'autre grecs, conduisent ensemble contre un certain Menestheus. Les deux frères avaient déjà comparu devant le stratège du nome. Puis l'affaire a été portée devant le préfet d'Égypte M. Rutilius Lupus. C'est alors que Diogénès charge son frère de le remplacer en justice, sans doute pour ne pas être obligé d'aller lui-même devant le préfet, et lui donne de très larges pouvoirs. Mention est faite de leur acceptation par Nicanor. A la fin l'acte, de se trouve la double *subscriptio* de Diogénès et de Nicanor.

De ces documents, il faut encore rapprocher le mandat judiciaire octroyé par un grec Apollonios, dans *Oxy.*, IV, 726, de l'an 135. Mais ici la date de l'acte et le nom du représentant sont laissés en blanc. En l'espèce, il s'agit de la représentation d'un défendeur :

Ὅμο | λογεῖ Ἀπολλώνιος... | ἐν ἄγυιᾳ, | οὐ δυνάμενος δι' ἁ[σ]θέ-
νειαν | πλεῦσαι ἐπὶ [τ]ὸν τοῦ νομοῦ | διαλογισμ[ό]ν, αὐτόθεν συν | εστα
κέναι τὸν — | τὸν ὑπὲρ αὐτοῦ λόγον ποιησόμενον περὶ τῶν πρὸς
αὐτὸν | ζητηθησομέ[ν]ων ἐπὶ τε τοῦ | κρατίστου ἡγεμ[ό]νος Περ-
νίου | [Μαμ]ερτείνου καὶ τοῦ ἐπιστρατή | [γο]υ Γελλίου Βά[σ]σου...,
καί[α] πάντα ἐπιτελέ | σοντα περὶ τῶν [κ]ατὰ τὴν σύστασιν, | εὐδοκεῖ
γὰρ ἐπὶ τούτοις...

Dans cet acte, Apollonios déclare à X..., que, ne pouvant pour raison de maladie se rendre au *conventus*, il a constitué dans la rue X... à partir de maintenant pour le représenter

au procès intenté contre lui devant le préfet Petronius Mamerinus, l'épistratège délégué ou d'autres juges, avec mission d'agir à ses lieu et place, Ici encore la finale de l'acte renferme la clause d'acceptation du représentant.

Mais la constitution d'un représentant peut avoir lieu dans des actes de forme différente, par exemple dans un *ἰδιόγραφον*. C'est le cas du papyrus *BGU.*, IV, 1093⁽¹⁾, du 5 avril 265. La collation de pouvoir est insérée dans une lettre que le représenté adresse au représentant; Aurelius Ammon doit représenter Aurelius Théon qui part pour Alexandrie. Comme nous l'a fait observer avec très grande obligeance M. Wenger, cette procuration semble bien donnée par un Romain à un autre Romain.

Ἀὐρ[ήλιος] Θ[έων]... | Ἀὐρηλίῳ Ἀμμωνι... | χαίρειν. | Ἀποσυνίστημι σε ἀντ' ἐμοῦ | τοῦ ἀποδημῶν (*sic*) εἰς τήν λαμπρο | τάτην Ἀλεξανδρείαν...

D'autre part, un nouvel exemple de constitution d'un représentant pour cause d'absence sur le théâtre du procès est encore mentionné dans un papyrus de Giessen n. 25⁽²⁾, qui remonte à l'année 118 environ. Ce papyrus contient une lettre d'un plaideur, Syrion, à un homme d'affaires, Ailuras. Dans cette lettre, Syrion déclare qu'il a constitué comme son représentant en justice un nommé Hermophilos, et il prie Ailuras de se concerter avec Hermophilos pour diriger l'affaire. En l'espèce les parties sont grecques.

Συρίῳ[ν] Αἰλουραῖ τῷ φιλάτῳ | χαίρειν. | ...συνέστησα γὰρ αὐτὸν (Ἑρμοφίλον) διὰ τὸ | σε τότε καταπεπλευκέναι. Παρακαλῶ οὖν σε συν[ε]λθεῖν Ἑρμοφίλῳ πρὸς Ἡράκλειον...

Mais un exemple de σύστασις bien plus important est donné par le papyrus de *Tebtynis*, II, 317, de l'an 174-175, qui nous présente une hypothèse de *procurator apud acta factus*⁽³⁾.

(1) *Aegyptische Urkunden aus den K. Mus. zu Berlin, Griechische Urk.*, IV, 1908, n. 1093, éd. par M. P. Meyer, avec les remarques de Wilcken dans son compte rendu, *Arch. f. Pap.*, 5, 1909-1911, pp. 275-276.

(2) *Griechische Papyri im Museum des Oberhess. Geschichtsvereins zu Giessen*, éd. par Eger, Kornemann et Meyer, 1910, n. 25, avec le commentaire de M. Kornemann.

(3) Grenfell, Hunt et Goodspeed, *The Tebtunis Papyri*, 2, London, 1907,

Τιτω Φλαουίω Ἀρτεμιδώρῳ νεωκόρῳ... | ἐξηγητῇ καὶ | τοῖς Και-
 σαρείοις καὶ τοῖς ἄλλοις προτάνεσι παρὰ Θενηρακλείας... | μετὰ κυρίου
 τοῦ ἀδελφοῦ Ἑρακλῆ | ου νεωτέρου... Οὐ δύνα | μένη κατὰ τὸ παρὸν
 τὸν εἰς τὸν Ἀρσινοίτην νο | μ[ὲ]ν πλοῦ [ν] ποιήσασθαι συνίστημι ἀντ'
 ἑμαυ | τῆς κατὰ τὸ [δε τ]ὸ ὑπόμνημα τὸν [ἔ]τερου ἑμοῦ τε | καὶ τοῦ
 Ἑρα[κλῆ]ου ἀδελφὸν ὄντα δὲ καὶ ἄνδρα | Ἑράκλη(ο)ν πρεσβύτερον
 παρόντα καὶ εὐδοκ[ο]ῦν | τα τῇ συστάσει ἀναπλεύσοντα εἰς τὸν προ |
 κείμενον ν[ο]μον καὶ καταστησ[όμε]νον ἐπὶ τε τοῦ... στρατηγοῦ | ἥ ἐπὶ
 τοῦ κρατίστου... ἐπιτ[ρό]που... | [ἡ] καὶ τοῦ κρατίστου ἐπιστρα[τῆ]γου...
 πρ[ὸ]ς τε Ἡ[ρ]ῳνα τὸ[ν] καὶ Σαραπίω[ν]α | ... περὶ ὧν οὐ δεόντως
 ἐπικρατεῖ ἄρουρῶν | τριάκοντα ὀκ[τώ]... [Δι]ὸ ἄξιῳ ὑμᾶς συντάξαι
 τοῖς πρὸς τούτοις | οὔσι εἴ τι[ν]σιν [οὔ]ς καθήκει ἵν' ἐκ παρὼν ἐπ' αὐ-
 τοὺς (ἡ) ὁ Ἑρά | κλη(ο)ς χρηματίζωσιν αὐτῷ ἕκαστα ἐπι τελοῦντι |
 ἐκ τοῦ ἑμοῦ ἀπουσης ὀνόματος καθὰ καὶ ἑμοὶ παρὸς | ση ἐξῆν, εὐδοκῶ
 γὰρ ἐπὶ τούτοις ἵν[α] ἡ.

Il s'agit ici, comme il est écrit au verso du papyrus, d'un συστατικὸς Θενηρακλείας. Une femme du nom de Thenerakleia doit conduire un procès la concernant à Arsinoé, mais elle est empêchée de voyager et de se rendre dans le Fayoum. Assistée de son κύριος Heracleus le jeune, elle adresse alors à Titus Flavius Artemidorus, exégète d'Alexandrie, aux affranchis impériaux et aux autres prytanes, un mémoire dans lequel elle constitue comme son représentant son mari, Heracleus l'ainé, présent et consentant à la constitution, qui se rendra dans le nome d'Arsinoé pour agir à sa place en justice devant le stratège, le *procurator usiacus* ou l'épistratège, et discuter la question de la propriété d'un fonds de terre de 38 arures. Puis elle prie l'exégète et les autres fonctionnaires d'Alexandrie de vouloir bien donner des instructions aux autorités d'Arsinoé compétentes pour son affaire, afin que Heracleus comparaissant devant elles puisse s'acquitter de sa mission et

n. 317, avec les comptes rendus de Mitteis, *Z. S. St.*, 28, 1907, p. 386, de Schubart, *Gött. gelehrte Anzeig.*, 1908, p. 195, de Bortolucci, *Bullet. dell'Istit. di D. R.*, 20, 1908, p. 80 s. Cf. aussi les remarques de Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, pp. 398-399.

agir en son nom, tout comme elle aurait pu le faire, si elle s'était présentée. A la fin de l'acte, et avant la mention de sa date, est insérée une formule qui, en l'espèce, contient la ratification anticipée de Thenerakleia quant aux actes qu'accomplira son représentant.

Il s'agit ici d'une constitution de représentant judiciaire réalisée entre parties qui paraissent bien être grecques et ayant lieu à Alexandrie. Le papyrus contient une collation de pouvoir octroyée par Thenerakleia à son mari. Mais la procuration ne demeure pas un simple titre privé confié au représentant et produit par lui devant le magistrat à l'audience. L'acte de constitution est remis par Thenerakleia à l'exégète d'Alexandrie et à d'autres fonctionnaires, c'est-à-dire à des magistrats de la ville qui ont le *jus acta conficiendi*. Et elle les prie de donner des instructions aux autorités d'Arsinoé devant qui doit se dérouler le procès, de façon qu'elles reconnaissent Heracleus comme son représentant. L'intervention des magistrats d'Alexandrie est requise dans le but de certifier l'existence et la validité du mandat. Grâce à ce procédé, la qualité du représentant ne peut être mise en doute par les autorités d'Arsinoé et les adversaires de Thenerakleia. Heracleus va donc agir au lieu et place de Thenerakleia, et les termes mêmes dont se sert celle-ci montrent bien qu'en l'espèce il s'agit de la représentation judiciaire parfaite.

2. — Il reste maintenant, après avoir décrit ces actes qui contenaient des mandats judiciaires, à rechercher si les papyrus nous ont conservé des comptes rendus de procès conduits par des représentants.

Sans parler de certains papyrus très mutilés (1), un exemple

(1) Cf. les exemples rassemblés par Wenger, *op. cit.*, p. 146. — Il n'y a, selon nous, aucun renseignement à tirer du papyrus de Strasbourg, n. 5, de l'année 262 (Preisigke, *Griechische papyrus der k. Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg*, 1, 1, 1906, avec le compte rendu de Wenger, *Gött. gelehrte Anzeig.*, 1907, p. 319).

très net de procès dirigé par un représentant est fourni par *BGU.*, II, 614, de l'année 217 (1).

Αὐρηλίῳ Διονυσίῳ σ[τρατηγῶ...] | παρὰ Μάρκου Αὐρηλίου] Ἰου-
 λίου Πτολεμαίου σησκουπλικιαρίου εἰλ]ης Ἀντωνινιανῆς Γαλικῆς τούρ-
 μης Ἀτιλλιανοῦ διὰ | Αὐρηλίου Λογγίνου... φρ[ο]ντιστοῦ.

Il s'agit dans ce texte d'une demande en justice que Marcus Aurelius Julius Ptolemaios, *sesquiplícarius* de l'*pala Antoniniana Gallica*, de la *turma* d'*Atillianus*, introduit par son représentant Aurelius Longinus près d'Aurelius Dionysios, stratège du district d'Héracléides du nome Arsinoïte. C'est là un cas de représentation en justice d'un Romain par autre Romain. L'intervention d'un représentant apparaît comme nécessaire, puisque le demandeur est un soldat, tenant garnison à Alexandrie, qui ne peut évidemment pas se rendre dans le Fayoum. Et l'on s'explique aisément que ce soit le plaideur lui-même qui ait adressé précédemment dans cette affaire une requête à un magistrat d'Alexandrie, l'*ῥχιδικαστής*, désigné sous le nom de τῷ πρὸς τῷ μέρει τοῦ τῆς πολέως γυμνασίου, puisque ce magistrat résidait dans sa ville de garnison.

Quant aux autres exemples de procès dirigés par des représentants volontaires, ils appartiennent à une époque bien postérieure et remontent seulement au Bas-Empire, lorsque la procédure extraordinaire est généralisée. Ce sont les papyrus 33 et 38 de Leipzig (2), le premier se rapportant à la représentation d'un demandeur et le second à celle d'un défendeur, un papyrus de la deuxième moitié du iv^e siècle (3), relatif à la représentation du demandeur, etc. (4).

(1) V. les remarques de Wilcken, *Der aegyptische Konvent*, sur ce papyrus, dans *Arch. f. Pap.*, 4, 1908, p. 391.

(2) *Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig*, 4, 1906, mit Beiträgen von Wilcken, éd. par Mitteis, n. 33, avec les comptes rendus de Wenger, *Gött. gelehrte Anzeig.*, 1907, p. 303, et de Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 3, p. 360 s., et 4, p. 466; n. 38, avec les comptes rendus de Wenger, *loc. cit.*, p. 306 s., et de Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 4, p. 469 s.

(3) Collinet et Jouguet, *Un procès plaidé devant le juridicus Alexandrae*, dans *Arch. f. Pap.*, 1, pp. 293-312.

(4) V. aussi un papyrus de 322-323 publié par Collinet et Jouguet, dans

Quand c'est le demandeur qui s'est fait représenter, il constitue son représentant au moyen d'un mandat *apud acta*. La procuration est, au début de l'audience, mentionnée et lue, et elle est insérée dans le procès-verbal de l'instance. C'est le renseignement que nous fournissent d'une manière concordante les papyrus dans lesquels un représentant agit pour le demandeur. Ainsi en est-il dans le papyrus 33 de Leipzig, de l'année 368 :

Αὐρήλι[ος 'Αθη]ν[όδωρος δημ]όσιος ἰατρ[ὸς ἀ]πὸ Ἑρμοῦπέλειως
τῆς λαμπροτάτης τὸν λόγον [ποιούμε[νος ὑπὲρ Σαραπιαν]ῆς... | .
[...κατ' ἐντολὴν τήν] καὶ ἀναλημψ[θ]εῖσα[ν] τοῖς ἡγεμονικοῖς ὑπομνή-
μασι... ἀντιδ[ι]χο[ίς] χαίρει[ν]. Συγχωρηθεῖς ἐγὼ ὁ 'Αθηνόδωρος π[αρή]-
γ[γ]ειλαμὲν ὑμῖν...

Dans cet acte, Aurelius Athénodoros, médecin public d'Hermopolis, se présente comme porte-parole pour Sarapiaine et agit pour (ὑπέρ) la partie, en vertu d'un mandat qui lui a été octroyé et qui a été transcrit dans les *acta* du *praeses*. Mention est faite dans le compte rendu de l'audience de la collation de pouvoir et de son insinuation sur les registres du *praeses* : c'est donc que la question de savoir si le représentant agit en vertu d'un mandat certain et valable est discutée et établie dès le commencement de l'instance. Le représentant a dès lors pleinement qualité pour agir contre l'adversaire au nom et pour le compte du représenté.

Le papyrus du Caire publié par MM. Collinet et Jouguet en 1901 ne fait que confirmer les renseignements que nous donne le précédent papyrus. Il s'agit d'un procès plaidé devant le *juridicus Alexandrae*. Un mandataire, Horus, se présente pour la demanderesse Eustorgion, en vertu d'un mandat qui lui a été octroyé (κατ' ἐντολὴν δοθεῖσαν Ὡρω), et qui a été transcrit au mémorial des affaires dans lesquelles on agit par représenta-

Arch. f. Pap., 3, p. 340 s., le papyrus BGU., III, 936, de l'an 426, et le papyrus 36 de Leipzig cité par Wilcken, *Arch. f. Pap.*, 4, p. 468. Mais l'exemple de représentation judiciaire fourni par *Oxy.*, VI, 893, et commenté par Wenger, dans *Grazer Festgabe*, 1909, p. 29 s., ne rentre pas dans le cadre de notre étude, puisqu'il est du ^{vi}e ou du ^{vii}e siècle.

tion devant le *juridicus* (ἡτις ἐν τοῖς ὑπομνήμασι[ν] τοῖς πραχθεῖσιν κατ' ἐντ[ολή]ν ἐπὶ τῆς σῆς καθοσιώσεως ἀνελήμφθη). Et le procès commence par la lecture de la procuration qu'Eustorgion a donnée à Horus, son ἐντολικάριος.

C'est donc que la règle établie en 382 par les empereurs Théodose I^{er}, Gratien et Valentinien II (1), quant à la vérification de la qualité du représentant dès le début de l'instance, existait déjà antérieurement en Égypte dans la pratique.

D'autre part, un exemple de représentation du défendeur est fourni par le papyrus 38 de Leipzig, de l'année 390. Un procès est intenté devant le *praeses Thebaidis* contre une femme, Matrona. Celle-ci se fait remplacer par son ἑκδικος, Hatrès, assisté de plusieurs avocats.

Dès le début du procès, la qualité du représentant est mise en discussion. Sur l'ordre du *praeses* la procuration est lue et insérée dans le procès-verbal de l'audience. Mais, d'après les dernières lectures du papyrus par M. Wilcken, il semble bien que l'ἐντολή soit apportée par le représentant et n'ait pas été transcrite sur les *acta*. Ἀνα[γ]νωσθεῖσα ἡ ἐντολὴ ἐγγρ[α]φέ[σ]θω τοτ[ς] ὑπομνήμασιν, dit le *praeses*. La teneur de l'ἐντολή est la suivante :

Υπατείας Τιμασίου καὶ Προμώτ[ο]ν τῶν λαμπροτάτων Χοῖακ λ. | [Αὐρ(ηλία) Ματρῶνα...]. [..]τη [.....] Αὐρ(ηλίῳ) Ἀτρη[τ]ι. Ἐντέλλομαι σοι [καὶ ἐπιτ]ρέπω πρὸς εἰς <θ> εἶν τῇ ἐξουσίᾳ τοῦ κυρίου μου τοῦ λαμπροτάτου ἡγεμόν[ο]ς Φλ(αυίου) Σεπτιμίου Εὐτροπίου καὶ παραθέσθαι τὰ πρὸς | [Μελίτιον τῆς Ἐρμουπολεῖων (?)..] ἢ καὶ πράσσιν ὅσα κἀμοὶ παρόντι (*sic*) ἐ[ξ]ε[σ]τιν. Ἡ ἐντολὴ κυρία κ[αὶ] βεβ[α]λτα καὶ ἐπερωτηθ (εἶσα) ὡμολόγ (ησα). Αὐρ(ηλία) Ματρῶνα ἐ[ν]ε[τ]ε[ι]λάμην ὡς πρίν(εῖται). Αὐρήλιος Παῦλος ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς γράμματα μὴ εἰδούης.

Dans cet acte, Matrona charge son représentant, Hatrès, de se rendre devant Flavius Septimius Eutropius et de soutenir ses intérêts contre Melitios, en agissant comme elle l'aurait fait elle-même, si elle avait comparu : il est facile de voir que

(1) *C. Th.*, 2, 12, 3.

cette collation de pouvoir est conçue dans les mêmes termes que les procurations de date plus ancienne. En vertu de ce mandat, le représentant a donc qualité pour agir aux lieu et place du représenté. Toutefois à cette ἐντελή doit correspondre une ἐγγύη. La partie défenderesse qui est représentée est obligée de fournir une caution, la *C. J. S.*

En l'espèce, la promesse est faite par un certain Capiton, et il est même curieux de remarquer qu'elle est imposée par le magistrat et réalisée en sa présence. Au reste, le promettant fournit la caution pour Matrona et non pour Hatrès : c'est donc que le jugement de condamnation doit être rendu par rapport au représenté. Après ces préliminaires, le *praeses* renvoie alors l'affaire devant le juge délégué.

De cet aperçu, il résulte donc que la représentation en justice apparaît comme très perfectionnée, même entre citoyens romains, dans le droit provincial égyptien, et qu'elle atteint dans ce droit un plus haut degré de développement qu'en droit romain. Peut-être même l'influence de cette législation s'est-elle fait sentir dans les réformes que le Bas-Empire a réalisées dans la matière de la représentation. Mais il ne s'agirait là que d'une influence partielle, car la représentation judiciaire parfaite n'est pas admise dans le droit romain, même au temps de Justinien.

CHAPITRE VI

LA DISPARITION DU *COGNITOR*.

Vers la fin du m^e siècle, la procédure extraordinaire, qui existait déjà auparavant dans certains cas ⁽¹⁾, devint le droit commun. Une constitution de Dioclétien de l'année 294 suppose accomplie à ce moment la suppression de l'*ordo judiciorum privatorum* ⁽²⁾. Dès lors la justice présente une physionomie bureaucratique et hiérarchisée. C'est désormais le magistrat qui juge lui-même, après une procédure où l'écriture tient une grande place. Ce sont là des transformations importantes. Mais, pour ce qui concerne le problème de la représentation en justice, la faculté de se constituer un représentant continue à être admise en faveur des plaideurs, comme auparavant.

Cependant, après l'époque classique, nous ne rencontrons plus parmi les textes postérieurs en date appartenant à la

(1) Cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 1062-1065. — Il est à remarquer que c'est à la procédure extraordinaire que se rapporte la décision de Sévère et de Caracalla, *a.* 208, *C. J.*, 7, 45, *De sent.*, 1, dans laquelle est déclarée nulle la sentence rendue par un magistrat, peut-être un préfet des vigiles, qui, ayant à trancher un procès entre un demandeur et un représentant remplaçant la partie défenderesse, avait condamné la partie elle-même « *dominam litis, cujus persona in iudicio non fuit* ». Mais on ne peut savoir si le texte se rapportait dans sa forme première au *cognitor*, ayant été postérieurement interpolé par les compilateurs, ou si dès l'origine il visait un *procurator*. Cf. Eisele, *Cogn.*, p. 83, n. 53; Koschaker, *op. cit.*, p. 120, n. 1.

(2) *C. J.*, 3, 3, *De ped. jud.*, 2. Cf. en dernier lieu, Girard, *Manuel*⁴, p. 1066, n. 2.

matière de la représentation judiciaire que fort peu de décisions qui soient relatives au *cognitor*. Durant cette période où les ouvrages des commentateurs classiques sont fréquemment consultés et vont même acquérir une plus grande autorité par la loi des citations de 426 (1), la seule source du droit en activité, ce sont les constitutions impériales. Or les *leges* qui nous ont été transmises dans les Fragments du Vatican au titre *de cognitoribus et procuratoribus* et dans la *Consultatio veteris jurisconsulti* ne visent que le *procurator*. Le Code Théodosien contient au titre *de cognitoribus et procuratoribus* (2, 12), simplement une constitution où le *cognitor* est mentionné à côté du *procurator*. Dans le Code de Justinien, il n'est fait aucune allusion au *cognitor* : et ce silence ne peut s'expliquer uniquement —, comme cela a été le cas pour les fragments du Digeste —, par ce fait que les compilateurs ont biffé le mot *cognitor* partout où ils le rencontraient et l'ont remplacé par le terme *procurator*. Car les constitutions rendues à notre époque, qui sont renfermées dans le titre *de procuratoribus* (2, 12 (13)), se rapportent évidemment dans leur forme première au *procurator*. Ces textes n'éveillent en aucune manière le soupçon que *procurator* soit ici interpolé pour *cognitor*. Mais les règles qu'ils édictent réalisent des progrès importants dans l'institution des *procuratores* et tout à fait conformes à son évolution générale.

C'est ainsi que des constitutions impériales, continuant l'œuvre commencée par la jurisprudence du temps des Sévères au début du III^e siècle, étendent à certaines variétés de *procuratores*, dont la qualité est parfaitement constatée de manière ou d'autre, les divers avantages dont jouit le *cognitor*, la dispense de caution *de rato* (2), le caractère obligatoire du mode

(1) *C. Th.*, 1, 4, *De resp. prud.*, 3. Cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 72-73.

(2) En ce qui concerne la dispense de caution *de rato* et par conséquent la consommation du droit du *dominus*, puisque, d'après Gaius, 4, 98, ce sont choses corrélatives, le premier progrès n'a été réalisé pour le *procurator* qu'au début du III^e siècle par la jurisprudence; la constitution d'Antonin le Pieux en 150, *C. J.*, 2, 12 (13), *De proc.*, 1 est interpolée, car elle renferme

de *translatio iudicii* (1), l'attribution de l'action *iudicati* au *dominus* ou contre lui (2). Au *cognitor*, on assimile d'abord le *procurator praesentis*, c'est-à-dire le *procurator* dont le mandant est présent au lieu du procès et y demeure pendant la phase *in jure*, jusqu'à la liaison de l'instance (3) : c'est qu'en effet le

un solécisme et elle n'est pas en harmonie avec *Frag. Vat.*, 333. On a d'abord dispensé de la caution le *procurator praesentis* (*Frag. Vat.*, 333), puis le *procurator apud acta factus* (*Frag. Vat.*, 317), enfin le *procurator* qui a pu prouver par tout moyen la certitude de ses pouvoirs, ainsi le représentant dont le maître absent aura certifié les pouvoirs dans une lettre écrite à l'adversaire (Modestin, *lib. sing. de heurem*, D., 3, 3, 65 (Lenel, *Pal.*, 70). Il en sera de même pour le *procurator omnium bonorum* : cf. Eisele, *Cogn.*, pp. 159-179. Mais quelle importance faut-il attacher à la constitution d'Alexandre Sévère de 227, C. J., 2, 12 (13) 10 ? Ce rescrit est adressé à une femme A. Castricia, qui avait agi par *procurator* et qui sans aucun doute voulait agir à nouveau. Or, ou le *procurator* de Castricia avait été *ad unam speciem constitutus*, ou il avait eu *plenam potestatem agendi*, c'est-à-dire, selon Thalelaeus, *Bas.*, éd. Heimbach, 1, p. 405, « *plene mandatum...*, *ut adversus debitorem vel in universum adversus omnes debitores ageret* » (trad. Heimbach). L'empereur décide que le *procurator* qui intente une action de l'aveu du maître et en restant dans les limites de son mandat, — c'est-à-dire, toujours dans le second cas, et « *si officium mandati non egressus est* » dans le premier, — consomme le droit du *dominus*, et que celui-ci, lorsque le représentant a agi par dol, a seulement la faculté de le poursuivre pour dol par l'action de mandat, mais non de faire rescinder au moyen de l'*in integrum restitutio* le jugement qui a été rendu à son détriment et dans lequel le défendeur a été absous. L'objet de la constitution est d'étendre au *procurator* qui a un mandat certain le privilège qu'a le *cognitor* de consommer le droit du *dominus*, et surtout les conséquences qui en résultent, telles que celle exposée par Ulpien, D., 4, 3, 7, 9. Mais le rescrit ne s'occupe pas de la question de savoir comment le mandat est rendu certain. C'est pourquoi des constitutions de Dioclétien de l'an 294, *Frag. Vat.*, 326 et C. J., 2, 56 (57), *De satisd.*, 1, continuent à mentionner le *procurator praesentis* et le *procurator apud acta factus* et à exiger notamment cette forme de constitution pour dispenser de la caution *de rato*. V. pour le droit de Justinien, *Inst.*, 4, 11, 3 : le *verus procurator* est exempté de la caution *de rato*.

(1) Constantin, a. 319, C. J., 2, 12 (13), 22. Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 115; Duquesne, T. J., p. 164, n. 1.

(2) Papinien, 2 *Resp.*, *Frag. Vat.*, 331, quant au *procurator praesentis*.

(3) V. *Frag. Vat.*, 331, 333 *in fine*, qui se rapportent à l'époque des

procédé de constitution de ce représentant a ceci de commun avec la *cognitoris datio* qu'il exige la présence des parties. Puis l'on admet qu'une déclaration écrite et authentique du maître de l'affaire est l'équivalent de sa déclaration orale, et l'on accorde une situation privilégiée au *procurator apud acta factus* ⁽¹⁾. Lorsque ces réformes sont accomplies, les plaideurs vont trouver plus commode de constituer comme représentant judiciaire un *procurator praesentis* ou *apud acta factus* plutôt qu'un *cognitor*.

Une autre réforme, inspirée par les tendances mêmes de la procédure extraordinaire, va hâter la disparition du *cognitor* : c'est celle que réalise la célèbre constitution de Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er}, rendue en l'année 382, et qui a trait à la question de savoir quand le représentant du demandeur a qualité pour agir à la place du *dominus* ⁽²⁾. Il résulte de ce

Sévères, et *Frag. Vat.*, 326, qui appartient au temps de Dioclétien, a. 294 : « (In) *dominae praesentia* (ou : *dominae praesentis*) si *procurator agat vel defendat, satisfactio non recte postulatur* ».

(1) Le *procurator apud acta factus*, est, d'après *Frag. Vat.*, 317, le représentant que le mandant, comparaissant devant un magistrat qui a le *jus acta conficiendi*, a constitué par une déclaration insérée dans les *acta* de cette autorité. Adde, Paul, *Sent.*, 1, 3, 1 : « *procurator apud acta praesidis et magistratus* ». Dans le droit provincial de l'Égypte romaine, un exemple en est donné dans B. P. Grenfell, A. S. Hunt, *The Tebtunis Papyri*, par le n. 317 (174-175) : v. *suprà*, p. 200 s. Ce *procurator* est visé dans la const. de Dioclétien de 294, *C. J.*, 2, 56 (57). *De satisf.*, 1, pr. Dans la procédure par rescrit, le *procurator* constitué dans une requête adressée au prince et auquel se rapporte le texte d'Ulpien, *D.*, 46, 8, *Rat. rem.*, 21 (Lenel, *Pal.*, 2307), est une sorte de *procurator apud acta factus*.

(2) Grat. Valentin., et Théod., a. 382, *C. Th.*, 2, 12, *De cogn.*, 3 (= *C. J.*, 2, 12 (13), 24 = *Cons. vet. cujus. jurisc.*, 3, 13) : « *In principio quaestionis persona debet inquiri et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et sollemniter constitutis potest esse sententia, praeteritis autem his nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium* ». — Cf. *Cons.*, 3, 2 : « *Sed nec iudices sine verecundia et turpitudine erunt, qui personam in ipso litis initio non inquisierunt, sicut est legitimum* ». — Mais on peut se demander pourquoi l'usage de la caution *de rato* a survécu : n'est-ce pas un illogisme ? Cette promesse repose, selon l'auteur de

texte que désormais la qualité du représentant doit être vérifiée *in principio quaestionis* et qu'elle est requise à peine de nullité du jugement et de la procédure. Les termes de la constitution donnent l'impression très nette qu'il ne s'agit ici que du représentant et que la loi ne s'applique pas au cessionnaire de créance, qui « *pro re jam sua agere potest* » (1). A notre époque, la question de savoir si le représentant agit *in rem alienam* ou *in rem suam* ne s'agite plus uniquement comme autrefois dans les rapports du mandant et du mandataire; le magistrat et l'adversaire doivent savoir dès le début du procès s'ils ont affaire à un représentant ou à un cessionnaire de créance.

La constitution de 382 a trait principalement au *procurator*, « *cui per mandatum causa committitur* », comme le montre la phrase « *utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto* ». Celui-ci doit prouver qu'un mandat *ad litem* lui a été octroyé. Mais les mots « *quibus rite et sollemniter constitutis* » établissent que la constitution exige quelque chose de plus. Sur cette dernière exigence (2), nous sommes renseignés vraisemblablement par un texte des Institutes de Justinien, bien qu'il se place au point de vue de la caution *de*

la *Consultatio*, III, 2, sur la pratique : « *Quod et consuetudinis est* ». V. différemment Thalel. sur la const. 24 (C. J., 2, 12, 24), Bas., 8, 2, 98, éd. Heimb., 1, p. 415, et cf. Eisele, *Cogn.*, pp. 226-228. — V. sur cette loi, Eisele, *Cogn.*, p. 218 s.

(1) Cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, pp. 242-248. — L'expression très nette qu'emploie l'*interpretatio* wisigothique de Paul, *Sent.*, 1, 2, 2, s'explique par ce fait que la cession de créance est alors une institution juridique originale soumise à des règles indépendantes de celles du mandat judiciaire. C'est ainsi que le cessionnaire qui n'a plus les actions du mandant comme actions *mandatae* a toujours maintenant les actions utiles qu'il intentera *suo nomine*, et qu'il peut s'assurer dès avant la *litis contestatio* le bénéfice exclusif de la créance par une signification de la cession au débiteur cédé, en vertu d'une réforme attribuée à Gordien, a. 239, C. J., 8, 44 (42), 3, ou peut-être réalisée seulement après lui : cf. Girard, *Manuel*⁴, pp. 732-734.

(2) Cf. un peu différemment, Eisele, *Cogn.*, p. 220.

rato (1), et par la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, composée au début du VI^e siècle (2). Le plus souvent, le *procurator* présente un mandat transcrit sur les registres d'une autorité ayant le *jus conficiendi* et dont les constatations ont force probante officielle, et il en donne lecture au début de l'instance. C'est un procédé très pratique et le seul qui soit permis à un plaideur qui ne se trouve pas sur le lieu même du procès; aussi se rencontre-t-il fréquemment dans les textes, ainsi dans la *relatio* d'un procès faite par Symmaque, préfet de la ville en 384 et en 385 (3), dans un procès plaidé devant le *juridicus* d'Alexandrie, vers la fin du IV^e siècle et peut-être postérieurement à notre loi (4). Mais les Institutes de Justi-

(1) *Inst.*, 4, 14, 3 : « *In actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit* ».

(2) *Cons.*, III, 1 s.; 5 : « *Judicium stare non posse, ubi ad agendum ollemnis persona, id est sollemniter ordinata, ingressa non fuerit* ».

(3) Symmaque, *Ep.*, X., 49, *M. G. H.*, SS., VI, 1, ed. Seeck, p. 311, et en appendice dans Bethmann-Hollweg, *R. C. P.*, 3, p. 353 s., § 2 : « *Actis praetoriis* », § 3 : « *Et procuratio legebatur praetoris allegata judicio* ». Suivant la juste remarque de Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, 3, p. 358, n. 16, le *praetor* intervient ici comme autorité compétente ayant le *jus acta conficiendi*, mais non comme juge de cette affaire. En l'espèce, le mandat est insinué dans les *acta praetoria*, puis il doit en être donné lecture au début de l'instance, et les *gesta judicii*, le procès-verbal de l'affaire, doivent « *tenere procurationem* ». — Le *cognitor* qui est cité dans la *relatio*, § 3, est un juge, connu par le Code Théodosien; cf. par ex., *C. Th.*, 9, 1, 12.

(4) Collinet et Jouguet, *Un procès plaidé devant le juridicus Alexandriae*, *Arch. f. Pap.*, 1, 1904, pp. 293-312 : « *Gennadius d(icit)* : Ὑπὲρ Εὐ[στ]οργίου κατ' ἐντολὴν δοθεῖσαν Ὡρεῶ καὶ ἀ[ν]αγνώσομαι σοὶ τὴν ἐντολὴν τὴν δοθεῖσαν | [... ὑπὸ Εὐ[στ]οργ[ι]οῦ ἢ τις ἐν τοῖς ὑπομνήμασι[v] τοῖς παρχθεῖσιν κατ' ἐν[τολ]ήν ἐπὶ τῆς σῆς καθοσιώσεως ἀνελήμφθη. | ... *Gennadius d(icit)* : [Ἄ]ναγνώσομαι *et rec(itavit)* : Sergio et Negriniani v(iris c(larissimis) co(n)s(ulibus) die Φαῶφι θ' ἐcc(aetera). Or(ator) adjecit : | [Τοιαύτη μὲν ἡ ἐντολή· » *Traduction* : Gennadius dit : (Je parle) pour Eustorgion selon le mandat donné à Horus et je vais te lire le mandat donné à Horus par Eustorgion, mandat transcrit au mémorial des affaires dans lesquelles on agit par représentation devant ta Sainteté (c'est-à-dire devant Flavius Gennadius, perfec-

nien signalent un second procédé qui donne sur les pouvoirs du représentant une certitude tout aussi grande que celle qu'apporte un mandat *insinuatum actis*. Le *dominus* comparissant devant le juge peut confirmer la qualité de son représentant, en disant : j'ai constitué un tel comme représentant (1). En tout cas, mention de l'une ou de l'autre de ces formalités doit naturellement être faite dans le procès-verbal des débats.

Mais la règle admise par la constitution de 382 en ce qui concerne la vérification des pouvoirs du représentant *in ipso limine quaestionis* doit être étendue à tous les représentants judiciaires du demandeur, et en particulier au *cognitor*, car elle est conçue en termes généraux (2). Or, appliquée au *cognitor*, cette décision va avoir une répercussion très grave sur la *cognitoris datio* et sur l'avenir même de la cogniture. Désormais celui qui désire constituer un *cognitor*, pour la *datio* duquel il a besoin du défendeur, trouvera plus simple de se faire accompagner du *cognitor* et d'opérer la constitution devant le magistrat. Cette forme de constitution rend superflu tout examen ultérieur de la qualité du représentant, car le magistrat et le défendeur ne peuvent avoir aucun doute sur la certitude des pouvoirs du représentant. C'est à ce *cognitor* que songent les sources post-classiques, l'*interpretatio* d'une

tissime, *juridicus* d'Alexandrie)... Gennadius dit : je vais lire. Et il lut : « Sous le consulat de Sergius et de Nigrinianus, clarissimes, le 9 de Phao-phi, etc. ». L'avocat ajouta : tel est le mandat ». — Cf. *suprà*, p. 204 s.

(1) V. *Instit. graeca paraphrasis Theophilo antecessori*, éd. Ferrini, 2, 1897, pp. 460-461, sur *Inst.*, 4, 11, 3, qui montre nettement la dualité de moyens : « Εἰ μὴ ἄρα ἡ mandaton ἐπιδείξει γινόμενον εἰς αὐτὸν ὑπὸ τοῦ δεσπότη ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων ἐμφανισθὲν ἢ παρὼν ὁ δεσπότης τῆς δίκης ἐν τῷ δικαστηρίῳ τὸ τοῦ procuratoros ἐβεβαίωσε πρόσωπον εἰπὼν ὅτι τοῦτον ἐγὼ προεβαλόμην. (Nisi forte mandatum domini ostenderit actis insinuatum, aut praesens dominus litis in iudicio procuratoris personam confirmaverit dicens : ego hunc constitui »).

(2) Cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, p. 221. Si le domaine d'application de la loi avait été restreint aux *procuratores*, le mot « *et* » qui se trouve après *inquiri* dans le texte du *C. Th.*, 2, 12, 3, aurait été superflu.

loi du Code Théodosien, écrite au cours du v^e siècle (1), un texte d'Isidore de Séville, mort vers 636 (2), et c'est pour quoi elles s'écartent de la définition de Gaius, 4, 83. D'après ces sources, le *cognitor* est constitué en sa présence par le *dominus* en face de l'adversaire et devant le magistrat. L'*interpretatio* ajoute : « *sine mandato* ». Cette expression veut simplement dire qu'aucun mandat n'est antérieur à cette *datio*, car c'est cet ordre accepté tacitement par le *cognitor* présent qui forme le mandat (3).

Cette forme de constitution, bien différente de l'ancienne *cognitoris datio*, apparaît comme un simple moyen qui, à la fois, donne certitude sur la qualité du représentant et épargne à celui-ci toute charge de preuve. Les conditions d'existence propres et les effets spéciaux de la *cognitoris datio* ont disparu ; seul le nom subsiste. Il s'ensuit logiquement qu'une identification va se produire entre le *cognitor* et ce *procurator praesentis* visé par les Institutes de Justinien, 4, 11, 3, et présenté par ce texte comme l'un des deux procédés donnant qualité au représentant du demandeur : « *vel praesens dominus litis in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit* » (4). De même, si l'on se place au point de vue du défendeur, le *procurator praesentis*, dont parlent les Institutes de Justinien (5), et pour lequel le *dominus* a fourni la *C. J. S.* (6), n'est pas dif-

(1) *Interpr. ad C. Th.*, 2, 12, 7 (éd. Mommsen et Meyer), p. 96 : « *Cognitor est cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iungit* ».

(2) Isidore de Séville, *Differ.*, 1, 18, 123 (Mign., *Patr. lat.*, 82, p. 23) : « *Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur* ».

(3) Cf. en ce sens, Debray, *op. cit.*, p. 178.

(4) Cf. en ce sens Eisele, *Cogn.*, pp. 222-224. — M. Eisele, *loc. cit.*, a fait remarquer que le *procurator praesentis* visé par les *Inst.*, 4, 11, 3 et le *C. Th.*, 2, 12, 7, est naturellement différent de l'ancien *procurator praesentis* visé par *Frag. Vat.*, 333, *in fine*, 326 et 331.

(5) *Inst. Just.*, 4, 11, 4 : « *Sin vero aliquis convenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in iudicium venire et sui procuratoris personam per iudicatum solvi satisfactionis sollemnes stipulationes firmare...* ».

(6) A notre époque, la rédaction de la *C. J. S.*, est bien simplifiée. V. par

fèrent du *cognitor* défini par Isidore de Séville. En fait, au début du v^e siècle, rien ne distingue plus le *cognitor* de ce *procurator praesentis*.

C'est pourquoi on s'explique aisément que la constitution de Théodose II et de Valentinien III de l'année 424 mette ce représentant sur la même ligne que le *procurator* : « *cognitor vel praesentis procurator* » (1). Cette loi, qui est rendue très visiblement en faveur du « *dominus causae* » (2), s'applique du

ex. la paraphrase de Théophile, éd. Ferrini, 2, p. 459, sur *Inst.*, 4, 11, 1, qui donne une formule de C. J. S., ne se rapportant qu'à la procédure extraordinaire : « Ὁμολογῆς καταβάλλειν μοι ὃ ἂν γένηται κριθὲν (*spondesne mihi solvere quod fuerit judicatum*) », et l'exemple de C. J. S., fournie dans un procès égyptien intenté devant le *praeses* de la Thébaïde en 390 par un *fidejussor* en faveur d'un défendeur qui s'est fait représenter par un *procurator* (*Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig*, 1, 1906, éd. par Mitteis et Wilcken, n° 38) : « Ἐγγυᾷ ὅτι καταβαλεῖ τὰ κριθησόμενα Μα[τ]ρώ <ν> α ἢ τὴν ἐντολὴν Ἀτρῆτι παρασχομένη, » déclare le *praeses Thebaidis*, et le *fidejussor*, de répondre : « Διεγγυῶμαι ὅτι τὰ κριθησόμενα καταβαλεῖ. ». Il est à remarquer qu'en l'espèce la caution n'est pas réalisée par une stipulation de partie à partie, mais imposée par le magistrat et promise en face de lui. D'autre part cette caution est promise pour la défenderesse et non pour son représentant. V. *supra*, p. 205. — Cf. en ce sens Partsch, compte rendu de Lenel, *Ed. perp.*,² Z. S. St., 31, 1910, p. 441.

(1) C. Th., 2, 12, *De cognit. et procur.*, 7 (éd. Mommsen-Meyer, I, 1905, p. 96) [= Brev. Alaric., 2, 12, 7] : « Imp. Theodosius A. et Valentinianus Caesar Asclepiodoto p(raefecto) p(raetori)o. Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime ejus quaerantur heredes, ne de supervacuo domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquitur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum. Nec sane videtur incongruum cognitiori, cum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit in judicio prosperiore fortuna vel eadem reftante devictus, judicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino. Et haec quidem in actoris persona de litis ministro edixisse sufficiet; ceterum in rei quoque idem licere non dubium est, quamvis abunde legum veterum observatione munita sit, quae, si in rem quoque suam cognitor vel procurator quis fuerit ordinatus, simili modo nihil novi requirere patiuntur. Et cetera ».

(2) Le but de cette constitution, comme aussi d'une autre loi du 14 nov.

côté du demandeur comme du côté du défendeur, mais elle laisse tout naturellement en dehors de son domaine d'application le *cognitor* et le *procurator in rem suam*, qui sont, d'après l'*interpretatio*, à la fois *domini et procuratores* (1). La constitution de 424 réalise à deux points de vue bien distincts une réforme dans l'institution des *cognitores* et dans celle des *procuratores*. Elle décide en premier lieu que, si le maître s'est fait représenter en justice, les actions passeront de plein droit au *dominus* en cas de décès du *cognitor* ou du *procurator durante lite*, et que les héritiers du représentant ne pourront former une réclamation que s'ils prouvent que le *dominus* ne leur a pas remboursé leurs dépenses ou les frais de justice. C'est là une innovation, non seulement pour le *procurator* à l'égard duquel un principe opposé était encore admis en 363 (2), mais pour le *cognitor*, car jusqu'alors l'action n'était transférée au *dominus*, qu'après une *causae cognitio* sommaire du magistrat. Désormais l'action passe de plein droit au

424, *C. Th.*, 4, 14, *De actionibus certo tempore finiendis*, 1, est en effet de restreindre les procès et leur durée : « *ne de supervacuo domino causae laboris occasio protendatur* »; cf. en ce sens, Jacques Godefroy, *Codex Theodosianus*, éd. Godefroy revue par Ritter, 1736, 1, pp. CXCIII et 173. On s'explique facilement que l'intérêt du *dominus* ait été alors pris en vive considération, si l'on se rappelle qu'au Bas-Empire et en vertu d'une constitution de 392, *C. J.*, 2, 12 (13), 25, presque contemporainé de notre loi, certaines personnes de rang élevé sont obligées d'agir en justice au moyen de *procuratores* pour ne pas influencer les juges; il est donc nécessaire d'améliorer le système de la représentation judiciaire.

(1) C'est pourquoi l'*interpretatio* wisigothique de la constitution de Julien de 363 (*C. Th.*, 2, 12, 1) a transporté au *dominus et procurator*, c'est-à-dire au *procurator in rem suam* la décision que celui-ci avait donnée *in fine* vis-à-vis du *procurator in rem alienam* et qui sous ce rapport avait été abrogée par notre constitution de Théodose II de 424. — L'explication que nous donnons de la fin de la loi suit celle de Jacques Godefroy, *Cod. Theod.*, éd. Godefroy, revue par Ritter, 1, p. 173. V. cependant l'*interpretatio* de la loi, qui s'exprime un peu différemment.

(2) Julien, *C. Th.*, 2, 12, 1, et cf. la correction significative de la phrase finale du *C. J.*, 2, 12, 23. Cf. Koschaker, *op. cit.*, p. 116; Duquesne, *T. J.*, p. 126, n. 1.

dominus, et celui-ci peut poursuivre le procès, dès qu'il a fait constater par le juge la mort du *cognitor*, et sa qualité de maître de l'affaire (1). En second lieu, le texte déclare que dorénavant, quand le procès sera conduit par un *cognitor* ou un *procurator praesentis*, l'action *judicati* sera donnée au *dominus* ou contre lui « *sine ulla cunctatione* ». L'interprétation de ces derniers mots est difficile à préciser, il est vraisemblable que cette expression équivaut à « *sine causae cognitione* » (2).

Cette constitution de 424 entraîne donc un affaiblissement assez grand des droits que le *cognitor* avait en sa qualité de sujet de l'action. Pourtant le *cognitor* continue à demeurer pendant la procédure titulaire de l'action, comme le montre l'expression caractéristique de la loi : « (*Cognitore mortuo*) *statim ad eum (dominum) migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones* ». Quoique atténué, le principe de la représentation imparfaite persiste. C'est toujours au nom du représentant qu'est rendu le jugement. Il en est encore ainsi au temps de Justinien. C'est pourquoi les compilateurs ont inséré dans le Code une décision des empereurs Septime Sévère et Caracalla, qui déclare nulle la sentence d'un préfet des vigiles qui, ayant à juger un procès entre un demandeur et un défendeur représenté en justice, a condamné non le représentant, mais le maître de l'affaire « *cujus persona in iudicio non fuit* » (3).

La constitution de Théodose II et de Valentinien III est le dernier texte législatif connu qui concerne le *cognitor*. Après le v^e siècle, si le *cognitor in rem suam* a disparu rapidement (4),

(1) Cf. en ce sens Duquesne, *T. J.*, p. 426, n. 4.

(2) Cf. Eisele, *Cogn.*, pp. 85-86, 246, n. 168 : l'existence d'une *causae cognitio* se conçoit d'autant moins que le mandat judiciaire *in rem suam* n'est plus, comme à l'époque classique, une question s'agitant uniquement dans les rapports du mandant et du mandataire.

(3) *C. J.*, 7, 45, *De sent.*, 1.

(4) L'*interpretatio* de la loi 7 au *C. Th.*, 2, 12, et les *Epitomes* postérieurs de la loi ne mentionnent plus que le *procurator in rem suam*, lequel est

le *cognitor* représentant judiciaire est encore mentionné dans les lois romaines des royaumes barbares d'Occident, ainsi dans le Bréviaire d'Alaric, rédigé en 506, qui nous a conservé la loi 7 du Code Théodosien (2, 12), et même dans les *Epitomes* postérieurs de la *Lex Romana Visigothorum*, par exemple dans la *Lex Romana Curiensis*, du VIII^e ou du IX^e siècle (1). Mais, dans l'empire romain d'Orient, le *cognitor* va être supprimé, et il n'existe plus dans le droit du temps de Justinien. L'empereur, dans ses compilations, ne l'a pas expressément visé, parce qu'il s'identifiait avec le *procurator praesentis*. Les compilateurs ont songé qu'il était préférable d'abolir une institution qui n'était plus en usage et qui n'avait pas une raison d'être particulière. Peut-être notre institution a-t-elle fait l'objet d'une de ces décisions supprimant les institutions vieilles qui furent rendues en 529, 530, 531, et dont il paraît avoir été fait un recueil sous le nom de *quinquaginta decisiones*. C'est pourquoi le Digeste et le Code, qui sont destinés à servir de guides dans la pratique des affaires et ne doivent renfermer que les lois en vigueur, ne citent comme représentant volontaire en justice que le *procurator* ; le droit du temps des jurisconsultes classiques et des *leges* anciennes, dans lequel le *cognitor* était mentionné, a été mis d'accord avec le droit de Justinien au moyen d'interpolations et par la substitution du mot *procurator* au terme *cognitor* dans les passages qui concernaient primitivement ce dernier représentant. Quant aux *Institutes*, elles ne signalent aussi comme représentant volontaire en justice que le *procurator*, bien que, d'après le *prooemium*, §, elles aient dû contenir une exposition sommaire des antiquités du droit. Le droit du temps de Justinien distingue simplement le *procurator, cui mandatum est*,

appelé « *dominus et procurator* ». Cette disparition rapide s'explique facilement, car l'avantage que la cogniture *in rem suam* présentait sur la procurature *in rem suam*, la dispense de caution *de rato*, n'existe plus, et la cogniture offre l'inconvénient d'exiger la présence de l'adversaire : cf. en ce sens, Eisele, *Cogn.*, pp. 245-246.

(1) *M. G. II., LL., V*, éd. Zeumer, p. 348.

le « *verus procurator* », et le *procurator* dont les pouvoirs ne sont pas certains, qui ne représente pas le mandant, le « *falsus procurator* » (1).

(1) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*⁴, p. 1022.

VU :

Le Président de la thèse,
F. SENN.

VU :

Le Doyen,
E. BINET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,
CH. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

ADDITIONS ET CORRECTIONS

- P. 30, l. 4, *lire* : (1), *au lieu de* : (3).
- P. 30, l. 6, *lire* : (2), *au lieu de* : (4).
- P. 30, l. 10, *lire* : (3), *au lieu de* : (1).
- P. 30, l. 14, *lire* : (4), *au lieu de* : (2).
- P. 42, l. 4, *lire* : Fannius, *au lieu de* : Flavius.
- P. 42, n. 1, l. 31, *supprimer* : en l'espèce.
- P. 48, l. 3, *lire* : font, *au lieu de* : fait.
- P. 55, l. 6, *lire* : un rapport, *au lieu de* : au nom.
- P. 88, n. 2 (*ex p.* 87), l. 14, *lire* : *Differ.*, 1, 18, *au lieu de* : *Differ.* 18, 1.
- P. 99, n. 5, *ajouter* : Paul, 8 *ad ed.*, D., 3, 3, 4 (Lenel, *Pal.*, 164).
- P. 110, n. 2, l. 3, *lire* : *eo a quo*, *au lieu de* : *eo quo*.
- P. 161, l. 7, *lire* : *dominus*, *au lieu de* : *domnus*.
- P. 161, l. 8, *lire* : *translatio*, *au lieu de* : *translato*.
-

TABLE DES PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS

Les textes se rapportant au *cognitor* sont marqués d'un *.

A. — *Textes épigraphiques.*

Arch. f. Pap. I, p. 293 s.....	p. 204 — p. 212, n. 4.
III, p. 340 s.....	p. 203, n. 4.
BGU. II, 614.....	p. 203.
III, 936.....	p. 203, n. 4.
IV, 4093.....	p. 200.
Giess. I, 25.....	p. 200.
Lips. I, 33.....	p. 204.
I, 38.....	p. 205 — p. 214, n. 6.
Oxy. I, 97.....	p. 199.
II, 261.....	p. 195 s.
II, 365.....	p. 198.
II, 376.....	p. 198.
IV, 726.....	p. 199.
VI, 893.....	p. 203, n. 4.
Strassb. I, 5.....	p. 202, n. 1.
Teb. II, 317... ..	p. 200 s.

B. — *Textes juridiques.*

Collatio legum mosaicarum et romanarum, 40. 2. 3....	p. 57 — p. 190.
Consultatio vet. cujus. jurisc. :	
3. 1. s..	p. 212, n. 2.
3. 5....	p. 212, n. 2.
3. 13....	p. 210, n. 2.
Fragments du Vatican, 260*....	p. 94, n. 3.
317*....	p. 79 — p. 177, n. 2.
318*....	p. 31 — p. 100.
319*....	p. 31 — p. 100.

Fragments du Vatican, 320 ^o	p. 63.
322 ^o	p. 5, n. 2 — p. 61 — p. 68 s.
323 ^o	p. 5, n. 2 — p. 61 s.
324 ^o	p. 67, n. 4 — p. 126, n. 1.
326....	p. 208, n. 2 — p. 209, n. 3.
329 ^o	p. 30 — p. 99, n. 4.
331....	p. 174, n. 2 — p. 208.
333....	p. 208, n. 2.
335 ^o	p. 119.
339 ^o	p. 168.
340 ^o	p. 168, n. 1.
340 a ^o ..	p. 98, n. 2.
340 b ^o ..	p. 158, n. 1.
341 ^o	p. 77 — p. 157.
Gaius, Inst., 2. 39 ^o	p. 94
2. 96.....	p. 3, n. 1.
2. 252 ^o	p. 4, n. 3.
4. 31.....	p. 4.
4. 82 ^o	p. 2 s.
4. 83 ^o	p. 27 s. — p. 98 s.
4. 84.....	p. 92, n. 1.
4. 86 ^o	p. 136 s.
4. 87 ^o	p. 136 s.
4. 97 ^o	p. 29 — p. 128 — p. 139.
4. 98 ^o	p. 29 — p. 128 — p. 139.
4. 101 ^o	p. 128, n. 3 — p. 129, n. 4.
4. 124 ^o	p. 68, n. 2 — p. 92, n. 1 — p. 126 — p. 168.
4. 125.....	p. 126.
4. 182 ^o	p. 62 s.
4. 185.....	p. 116, n. 1.
Gaius d'Autun, 4. 90 ^o	p. 16, n. 1.
4. 91 ^o	p. 98 s.
4. 92 ^o	p. 27, n. 3 — p. 98 s.
4. 93 ^o	p. 98 s.
Interpr. : ad C. Th., 2. 12. 7 ^o ...	p. 214 — p. 217, n. 4.
Loi des XII Tables, 1. 3.....	p. 9 — p. 24.
Paul, Sent., 1. 2. 1 ^o	p. 67.
1. 2. 2 ^o	p. 62 — p. 67 — p. 91.
1. 2. 3 ^o	p. 67 — p. 91.
1. 2. 4.....	p. 173, n. 1.
1. 7. 2.....	p. 183, n. 2.
5. 25. 8 ^o	p. 189.
Ulpien, Reg., 11. 27.....	p. 32, n. 2.

Digeste :

2. 13. 1. <i>pr.</i>	p. 107.
2. 14. 13. <i>pr.</i> °.....	p. 117 s.
2. 14. 13. 1°.....	p. 95, n. 4 — p. 121 s.
2. 14. 16. <i>pr.</i> ° (?).....	p. 95, n. 4.
2. 15. 17.....	p. 97, n. 1.
3. 1. 1. 2.....	p. 106, n. 1.
3. 1. 7°.....	p. 67, n. 1.
3. 2. 6. 2°.....	p. 168.
3. 2. 14.....	p. 163, n. 1.
3. 2. 15°.....	p. 67, n. 5.
3. 2. 19°.....	p. 67, n. 5.
3. 3. 1. 1.....	p. 54, n. 1 — p. 61.
3. 3. 2. <i>pr.</i> °.....	p. 99, n. 3 — p. 113, n. 1.
3. 3. 3.....	p. 32, n. 2 — p. 99.
3. 3. 4°.....	p. 99, n. 5.
3. 3. 8. <i>pr.</i> °.....	p. 98, n. 1.
3. 3. 8. 1°.....	p. 112.
3. 3. 8. 2°.....	p. 67 — p. 70, n. 1 — p. 91.
3. 3. 8. 3°.....	p. 62 — p. 75 — p. 132.
3. 3. 9°.....	p. 16, n. 2 — p. 132.
3. 3. 10°.....	p. 109, n. 4 — p. 132.
3. 3. 11°.....	p. 132.
3. 3. 12°.....	p. 74, n. 1 — p. 109, n. 3 — p. 132.
3. 3. 13°.....	p. 132.
3. 3. 14°.....	p. 132.
3. 3. 15. <i>pr.</i> °.....	p. 73 — p. 113, n. 3 — p. 132.
3. 3. 15. 1°.....	p. 98, n. 2.
3. 3. 16°.....	p. 75 — p. 133.
3. 3. 17. <i>pr.</i> °.....	p. 77, n. 3 — p. 158.
3. 3. 17. 1°.....	p. 77, n. 2 — p. 157.
3. 3. 17. 2°.....	p. 158.
3. 3. 18°.....	p. 158.
3. 3. 19°.....	p. 158.
3. 3. 20°.....	p. 158.
3. 3. 21°.....	p. 158.
3. 3. 22°.....	p. 158.
3. 3. 23°.....	p. 158.
3. 3. 24°.....	p. 77 s. — p. 142 — p. 157.
3. 3. 25°.....	p. 95 — p. 159 s.
3. 3. 26°.....	p. 160.
3. 3. 27. <i>pr.</i> °.....	p. 143 s. — p. 155, n. 1 — p. 160.
3. 3. 27. 1°.....	p. 70, n. 4 — p. 146 s.
3. 3. 28°.....	p. 175 s. — p. 180 s.
3. 3. 29°.....	p. 181 s.
3. 3. 30°.....	p. 178 — p. 191.

Digeste :

3. 3. 31. <i>pr.</i> ^o	p. 177, n. 1.
3. 3. 32 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 36 ^o	p. 128, n. 1.
3. 3. 40. 2 ^o	p. 170 s.
3. 3. 42. <i>pr.</i> ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 1 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 2 ^o	p. 90 — p. 111 s. — p. 187 s.
3. 3. 42. 3 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 4 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 5 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 6 ^o	p. 98, n. 2.
3. 3. 42. 7 ^o	p. 76, n. 1.
3. 3. 43. 6 ^o (?).....	p. 65 — p. 74, n. 2.
3. 3. 45. <i>pr.</i>	p. 65, n. 1.
3. 3. 46. <i>pr.</i> ^o	p. 76 — p. 160.
3. 3. 46. 6.....	p. 191, n. 4.
3. 3. 55 ^e (?).....	p. 95, n. 4 — p. 121 — p. 133.
3. 3. 56 ^o (?).....	p. 99, n. 1.
3. 3. 61 ^o	p. 80 s. — p. 173 s.
3. 3. 62.....	p. 99, n. 1.
3. 3. 65.....	p. 208, n. 2.
3. 3. 69 ^o	p. 166 s.
3. 3. 73 ^o	p. 119 s.
3. 3. 78. 1 ^o	p. 68, n. 2 — p. 127.
3. 4. 6. 1.....	p. 108, n. 1.
3. 4. 6. 3 ^o	p. 86, n. 2.
4. 1. 7. 1.....	p. 185, n. 3.
4. 3. 7. 9 ^o	p. 184 s. — p. 190.
4. 3. 14 ^o	p. 185 — p. 190.
4. 4. 23. <i>i. f.</i>	p. 183, n. 2.
4. 4. 46.....	p. 133, n. 2.
4. 7. 4. 3.....	p. 19, n. 1.
5. 1. 44. 1 ^o	p. 169 — p. 184, 1.
5. 1. 57. <i>i. f.</i> ^o (?).....	p. 78, n. 1.
5. 1. 76.....	p. 162.
10. 2. 48 ^o (?).....	p. 161, n. 1.
12. 2. 9. 6 ^o	p. 122 s.
12. 2. 17. 3.....	p. 121.
12. 3. 7 ^o	p. 170.
16. 2. 18. <i>pr.</i> ^o	p. 165 s.
17. 1. 7.....	p. 192.
17. 1. 8. <i>pr.</i> ^o	p. 56 — p. 185 — p. 190.
17. 1. 8. 1 ^o	p. 57 — p. 189.
17. 1. 29. 4 ^o	p. 68, n. 2 — p. 126.
17. 1. 45. 1.....	p. 156.

Digeste :

20. 6. 1. 2.....	p. 149.
21. 2. 66. 2 ^e	p. 111, n. 4.
22. 3. 19. 2 ^e	p. 68, n. 2, — p. 164.
24. 3. 31. 2 ^e	p. 83.
30. 1. 108. 12.....	p. 190.
37. 13. 2. <i>pr.</i> ^e	p. 168, n. 1.
39. 2. 4. 8.....	p. 106, n. 1.
42. 1. 4. <i>pr.</i> ^e	p. 81 — p. 175 s.
44. 2. 11. 7 ^e	p. 128, n. 2 — p. 138.
44. 1. 2. 4 ^e	p. 126, n. 1 — p. 176.
44. 1. 3. <i>i. f.</i> ^e	p. 126, n. 1.
44. 4. 9 ^e	p. 173 s. — p. 184.
44. 4. 11.....	p. 124, n. 2.
45. 1. 4. <i>i. f.</i>	p. 92, n. 1.
46. 2. 17 ^e	p. 27, n. 3.
46. 3. 86 ^e	p. 164.
46. 7. 6.....	p. 70, n. 4.
46. 7. 7 ^e	p. 70, n. 4 — p. 134 s.
46. 7. 9.....	p. 70, n. 4.
46. 7. 10 ^e	p. 129, n. 4.
46. 8. 5.....	p. 145, n. 1.
46. 8. 21.....	p. 210, n. 1.
46. 8. 22. 8 ^e	p. 139 s.
47. 10. 11. 2 ^e	p. 98, n. 2.
47. 10. 17. 19 et 20 ^e	p. 98, n. 2.
47. 10. 36 ^e	p. 107, n. 2.
47. 23. 5 ^e	p. 98, n. 2.
48. 19. 38. 8 ^e	p. 189, n. 2.
49. 4. 1. 12 ^e	p. 183, n. 1.
50. 17. 2. <i>pr.</i>	p. 67, n. 3.
50. 17. 77.....	p. 34, n. 1.
50. 17. 110. 1.....	p. 116, n. 1.
50. 17. 112 ^e	p. 141.
50. 17. 123. <i>pr.</i> ^e	p. 2 s.
50. 17. 166.....	p. 128, n. 4.

Code Théodosien, 2. 12. 1.....

p. 216.

2. 12. 3^e.....

p. 210 s.

2. 12. 7^e.....

p. 215 s.

Code Justinien, 2. 12. 1.....

p. 208, n. 2.

2. 12. 10.....

p. 208, n. 2.

2. 12. 13.....

p. 67, n. 2.

2. 12. 20.....

p. 163.

2. 12. 22.....

p. 155, n. 2 — p. 208, n. 2.

2. 12. 24.....

p. 210 s.

2. 56. 1. *pr.*...

p. 208, n. 2 — p. 210, n. 1.

Code Justinien , 5. 39. 1.....	p. 176, n. 1.
7. 45. 1 ^o (?)...	p. 207, n. 1 — p. 217.
8. 41. 3.....	p. 211, n. 1.
Institutes de Justinien , 4. 10. <i>pr.</i>	p. 3 s. — p. 10 s.
4. 11. 3.	p. 212 s.
4. 13. 11.	p. 66 s. — 126, n. 1.
Théophile : <i>ad Inst.</i> 4. 10. <i>pr.</i>	
(éd. Ferrini, p. 457).....	p. 13, n. 1.
<i>ad Inst.</i> 4. 13. 11	
(éd. Ferrini, p. 460-461)....	p. 213, n. 1.
Basiliques (éd. Heimbach) :	
8. 2. 60.....	p. 80, n. 3.
8. 2. 81.....	p. 66, n. 4.
8. 2. 94.....	p. 163.

C. — *Textes littéraires.*

Auctor ad Herennium , 2. 13. 20 ^o .	p. 23 s.
Cicéron :	
<i>Divinatio in Q. Caecilium</i> , 4. 11 ^o	p. 25, n. 2.
<i>De inventione</i> , 2. 19. 57.....	p. 47.
<i>Pro Quinctio</i> , 7. 29.....	p. 130, n. 2.
<i>Pro Roscio Comoedo</i> , 11. 32 ^o ...	p. 37 s.
12. 35....	p. 39, n. 1.
13. 38 ^o ...	p. 31 s. — p. 48.
18. 53 ^o ...	p. 49 s.
18. 54 ^o ...	p. 39, n. 1.
18. 55....	p. 51.
<i>In Verrem</i> , 2. 3. 60. 137.....	p. 26.
Festus , v ^o <i>Cognitor</i> ^o (Bruns, <i>Fontes</i> ⁷ , 2, p. 5).....	p. 110, n. 2.
Isidore de Séville , <i>Differ.</i> , 1.	
18. 123 ^o (Migne, <i>Patr. lat.</i> , t. 83, p. 23).....	p. 51, n. 2 — p. 115 — p. 214.
Plaute , <i>Persa</i> , 1. 2. 10. 20....	p. 10, n. 2.
<i>Rudens</i> , 5. 3. 24-26...	p. 8, n. 1.
Pseudo-Asconius , <i>In Divinationem</i> , § 11 (Bruns, <i>Fontes</i> ⁷ , 2, p. 72).....	p. 109, n. 4.
Quintilien , <i>Inst. Orat.</i> , 3. 6. 71 ^o	p. 126, n. 1.
<i>Declamat.</i> , 361 ^o	p. ix, n. 3.
Symmaque , <i>Ep.</i> 10. 19.....	p. 212.
Valerius Probus , ms. d'Einsiedeln, 53 ^o	p. 129, n. 3.
Valère Maxime , 8. 2. 2.....	p. 42, n. 1.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
PRÉFACE.....	VII
CHAPITRE I. — LES ORIGINES DU <i>COGNITOR</i> AU TEMPS DES ACTIONS DE LA <i>LOI</i>	1
§ 1. — Le principe de la non-représentation en justice, et son application dans le droit des XII Tables....	2
§ 2. — L'apparition du <i>cognitor</i> vers le ^{vi} e siècle de Rome.	20
CHAPITRE II. — LE DÉVELOPPEMENT DU <i>COGNITOR</i> DANS LES DÉBUTS DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE, D'APRÈS LE <i>PRO</i> <i>ROSCIO COMOEDO</i>	36
CHAPITRE III. — LES RÉFORMES ACCOMPLIES DANS LA COGNITURE PAR LE PRÉTEUR ET LA JURISPRUDENCE DE LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE ET DU 1 ^{er} SIÈCLE DE L'EMPIRE.....	54
CHAPITRE IV. — L'INTERVENTION ET LE RÔLE DU <i>COGNITOR</i> DANS LA PROCÉDURE VERS LA FIN DU II ^e ET AU DÉBUT DU III ^e SIÈCLE.....	92
I. — La constitution du <i>cognitor</i>	98
II. — Rôle du <i>cognitor</i> dans le procès.....	115
§ 1. — Procédure <i>in jure</i>	115
§ 2. — Procédure <i>in judicio</i>	163
§ 3. — Exécution du jugement rendu au nom d'un <i>cognitor</i> . Voies de recours.....	172
III. — Règlement de compte entre le <i>cognitor</i> et le <i>dominus</i> ...	187

	PAGES.
CHAPITRE V. — LA REPRÉSENTATION VOLONTAIRE EN JUSTICE DANS LE DROIT PROVINCIAL DE L'ÉGYPTE ROMAINE.....	193
CHAPITRE VI. — LA DISPARITION DU <i>COGNITOR</i>	207
TABLE DES PRINCIPAUX TEXTES COMMENTÉS.....	221

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC